موسوعة

آية الله العظمى الشيخ

محمد آصف المحسني

الآثار الفقهية

١٠

القضاء والشهادات

بسم الله الرحمن الرحيم

محسنی، محمدآصف، ١٣١٤ـ١٣٩٨.
موسوعة آيةاللّٰهالعظمی الشيخمحمدآصف المحسنی: الآثار الفقهية / النظارة و الإشراف مؤسسة الحفظ و التنظيم و النشر لآثار آيةاللّٰهالعظمی محمدآصف المحسنیﷺ. ـ قم: مؤسسة بوستان كتاب (مركز الطباعة و النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي)، ١٤٤١ق.=١٣٩٩ش .
١٢ج. ـ (مؤسسه بوستان کتاب؛ ٢٩٧٢) (فقه و حقوق. فقه)
(ج. ١٠) ISBN 978- 964 - 09 - 2168 - 5 ـ . (دوره) ISBN 978- 964 - 09 - 2158 - 6
فهرست نویسی براساس اطلاعات فیپا.
کتاب‌نامه.
مندرجات: .... ج.١٠. القضاء و الشهادات ....
١. فقه جعفری ـ رساله عملیه. ٢. فقه جعفری ـ قرن ١٤. ٣. فتواهای شیعه ـ قرن ١٤. الف. دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم. مؤسسه بوستان کتاب. ب. عنوان.
BP ١٨٣ / ٩ — ٢٩٧ / ٣٤٢٢
١٣٩٩ — شماره کتاب‌شناسی ملی: ٦٢٢٥٠١٧

■ موضوع: فقه (فقه و حقوق)

■ گروه مخاطب: ـ تخصصی (پژوهشگران و اساتید حوزه و دانشگاه)

شماره انتشار کتاب (چاپ اول): ۲۹۷۲
مسلسل انتشار (چاپ اول و بازچاپ): ۷۴۶۵

موسوعة
آية الله العظمى الشيخ محمد آصف المحسنى

الآثار الفقهية

١٠. القضاء و الشهادات

بوستان كتاب
١٣٩٩

موسوعة آية الله العظمى الشيخ محمد آصف المحسني / ج ١٠

الآثار الفقهية: ١٠. القضاء و الشهادات

● **النظارة و الإشراف:** مؤسسة الحفظ و التنظيم و النشر لآثار آية الله العظمى محمد آصف المحسني رحمه الله

● **ناشر: مؤسسة بوستان كتاب**

● **المطبعة:** مطبعة مؤسسة بوستان كتاب

● الطبعة: الأولى / ١٤٤١ق، ١٣٩٩ش ● الكمية: ٥٠٠ ● السعر الدورة: **٨٠٠,٠٠٠ تومان**

[redacted]

مع جزيل الشكر والتقدير لجميع الزملاء الذين ساهموا في انتاج هذا العمل:

●أعضاء لجنة دراسة الإصدارات ●أمين لجنة الكتاب: ابوالفضل طريقه‌دار ●تصحيح التنضيد: أحمد مؤتمني ●ترتيب الصفحات: أحمد مؤتمني و مهدي سهرابي

●الضبط الفني لترتيب الصفحات: سيّدرضا موسوي‌منش ●خبير التصميم والغرافيك: مسعود نجابتي ●تصميم الغلاف: محمود هدايي

●مديرية الإعداد: حميدرضا تيموري ●مديرية المطبعة : مجيد مهدوي و وبقية الزملاء في قسم الليتوغرافيا، والطباعة والتغليف ●مديرالإنتاج: عبدالهادي أشرفي.

رئيس المؤسسة

محمدباقر انصاري

الفهرس

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و الصلاة على خير خلقه محمد و آله الميامين و على اصحابه و اتباعه المهتدين.

و بعد ان معرفة مسائل القضاء و الشهادة لكثرة الابتلاء بها مهمة فاردت ان اتعرض لها في هذا الكتاب بقدر ميسور و لا اعتمد على الروايات غير المعتبرة بل لا اوردها الا نادرا و لا اخرج عن حد الاختصار و قد راعيته في جميع مؤلفاتي لحد الان و الله اسئل ان يجعله خالصا لوجهه و نافعا لعباده انه دائم الفضل و قديم الاحسان و له الحمد على كل حال.

كتاب القضاء

القضاء هو الحكم بثبوت الدعوى او عدمه و فصل الخصومة بين المتخاصمين و هذا هو القدر المتيقن الذي يثبت اعتباره بالدليل المعتبر.

و يصح ان نعرفه بتعريف اعم منه و انه الحكم بثبوت الحق لذيه و ان لم يكن مقترنا بدعوى و خصومة كما اذا لم يعلم الطرفان ان المال او الحق لمن؟[١] فانه أيضا قابل للاستدلال.

و اما تعريفه بولاية الحكم شرعا لمن له اهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على اشخاص معينين من البرية باثبات الحقوق و استفائها للمستحق كما عن المشهور او بولاية شرعية على الحكم و المصالح العامة من قبل الامام فغير مقبول، اذ يخدش الاول اولا بان القضاء و إن يصدر عن ولاية لكنه ليس نفسها، و ثانيا بعدم اتصافه بهذا المعنى بالوجوب. و ثالثا بعدم اعتبار الاجتهاد في القاضي على الارجح كما يأتي و يخدش الثاني بالوجهين الاولين و بعدم امكان اثباته بالدليل[٢] نعم هو راجع الى ولاية الفقيه و الحاكم الشرعي بل هو نفسها.

---

١. بناء على ان الحكم الصادر فى مثل المورد قضاء لا فتوى.

٢. فى *الجواهر*، ج ٤٠، ص ١٠٠: و من هنا أى من اطلاق قوله جعلته حاكما لم يكن اشكال عندهم فى تعلق الحكم بالهلال و الحدود التى لا مخاصمة فيها أقول: الاطلاق غير ثابت و نفى الخلاف ان يثبت ـ و لم يثبت ـ لا يكون مجوزا للفتوى بل لا بد من الاستناد الى الدليل.

مسألة ١: القضاء لا يتوقف على اذن خاص على الاظهر لانه احسان على المتخاصمين و الله يحب المحسنين بل هو من الامر بالمعروف و النهي عن المنكر في الجملة[١] على ما يأتى في المسألة الثالثة عشرة و قد امرنا القرآن ان نكون قوامين لله و بالقسط.

و قال الله تعالى: «**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَماناتِ إِلى أَهْلِها وَ إِذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ**».[٢]

فاذا كان القضاء عدلا وجب فعله لقوله تعالى: «**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَ الْإِحْسانِ**» و لقوله: «**اعدلوا...**» و نحو ذلك فتأمل. و اما وجوب التزام المحكوم عليه بالزام القاضي مطلقا فيدل عليه قول الصادق عليه السلام في صحيح ابى خديجة بطريق الصدوق: اياكم ان يحاكم بعضكم بعضا الى اهل الجور و لكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم فاني قد جعلته قاضيا فتحاكموا اليه[٣] و للمحقق الاشتياني حول الروايات كلمات غير سليمة عن الرد.

اذ لو لم يجب قبول حكمه للغي جعل القضاء فمعنى كونه قاضيا و فاصلا و مرجعا للتحاكم هو لزوم الالتزام بالزامه و في رواية اخرى له عنه عليه السلام اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا و حرامنا فاني قد جعلته عليكم قاضيا[٤]... لكن في سندها ابوالجهم و لم اعرفه فلا يعتمد عليها و على غيرها من الضعاف مما استدلوا به على المرام.

فالعمدة في الروايات هي الرواية الاولى[٥] و اطلاقها يشمل النزاع المالى و غيره.

---

١. أى بعد احراز الحق لذيه.

٢. النساء(٤): ٥٨.

٣. *الوسائل*، ج١٨، ص ٤: و القدر المتيقن فى مقام التخاطب جعله قاضيا فى التحاكم فلا اطلاق له يشمل الحكم فى غيره كثبوت الهلال و نحوه كما زعمه بعضهم تبعا لصاحب *الجواهر* قدس سره.

٤. *المصدر*، ص١٠٠: يمكن أن يكون لفظ الجعل مشيرا الى احتياج القضاء لى اذن الامام فلاحظ.

٥. و أورد السيد الاستاذ عليها بانها ناظرة الى قاضى التحكيم و لا دلالة لها على القاضى الابتدائى فان جعل الامام للقاضى متفرع على جعل المتنازعين(فاجعلوه بينكم) أقول: الرواية ظاهرة فى نصب القاضى ابتداء فانه الظاهر ان قوله عليه السلام: فانى قد جعلته ..) علة للاستدراك(و لكن انظروا) أو لجعلهم(فاجعلوه) لا متفرع على

هذا و لكن نفي الخلاف في اشتراط ثبوت الولاية للقضاء و توابعه باذن الامام عليه السلام و استدل عليه بالاجماع المحصل و المنقول و بروايات عمدتها صحيحة سليمان بن خالد بطريق الصدوق دون الكليني و الشيخ عن الصادق عليه السلام: اتقوا الحكومة، فان الحكومة انما هي للامام العالم بالقضاء العادل في المسلمين لنبي او وصي نبي و في نسخة كنبي مكان لنبي[١] بناء على ارادة القضاء من الحكومة دون ارادة الرئاسة العامة منها. و لا ثمرة مهمة له بعد صحيحة ابي خديجة السابقة الدالة على الجواز.

مسألة ٢: للحكومة الاسلامية منع المكلفين عن القضاء و انحصاره في القضاة المنصوبين من قبلها عند المصلحة، و في نفوذ قضاء الممنوعين و بطلانه حينئذ وجهان.

مسألة ٣: مقتضى اطلاق الصحيحة السابقة لزوم الترافع حتى الى من يعلم بمخالفة نظره لنظره اجتهادا او تقليدا كما ان مقتضاه نفوذ القضاء على كل احد حتى على من يخالفه في الحكم الشرعي اجتهادا او تقليدا فلا يجوز نقضه بالفتوى بل و لا بالقضاء.[٢]

اذا كان القضاء الثاني مبنيا على الاجتهاد غير القطعي خلافا لجماعة يظهر من عباراتهم او من اطلاقها جواز النقض، منهم المحقق في الشرائع[٣] و غيره في غيرها →

الجعل و أيضا ظاهر الاوامر الثلاثة هو الوجوب على فرض التحكم دون الاصلاح و حملها على مجرد الاذن خلاف الظاهر فتأمل و عليه تختص الرواية بالقاضى الابتدائى دون قاضى التحكيم لعدم وجوب الفحص و جعله قاضيا و التحاكم اليه فافهم.

و بالجملة ظهور الرواية فى القاضى الابتدائى مما لا ينبغى انكاره.

١. *الوسائل*، ج١٨، ص٧.

٢. الفتوى عبارة عن بيان أحكام الله الكلية، و القضاء عبارة عن انشاء ثبوت شئ على شخص أو حكم على موضوع خاص لحم مادة النزاع أو لاثبات أمر و لا يعتبر فيه لفظ مخصوص و الحكم قد يطلق عليه و قد يكون انشاء حكم كلى موقت كتحريم شرب التتن فى ظرف خاص و كتحريم استيراد المال او اخراجه من بلاد معينة و أمثال ذلك و الاخير يختص بالفقيه الجامع للشرائط و الاول بمن له أهلية الاستنباط و لا يخفى ان الفتوى لا يتوقف على تحقق المصداق و لا يحتاج الى التطبيق و لكن القضاء لا يقوم الا بتطبيق الحكم الجزئى على مورده.

نعم ربما يكون سبب المخاصمة هو الاختلاف فى الحكم الكلى اجتهادا او تقليدا، فتفصل بالقضاء.

٣. *الجواهر*، ج ٤٠، ص٩٣.

نعم ينقض اذا علم بطلانه بالقاطع او العلمى الذي لا مجال لمخالفته الا غفلة اى علم غفلة القاضي و خطائه في الحكم او لم يكن القاضي واجدا للشرايط، لعدم شمول الاطلاق له حينئذ فهو بمنزلة العدم.

و ذهب السيد الاستاذ الحكيم في تقليد مستمسكه[1] الى وجوب الاخذ به اذا كان محتمل الموافقة للواقع، و ان علم بالخطاء في طريقه في الاستناد او المستند او قامت الحجة على خلافه، و اما اذا كان معلوم المخالفة للواقع او كان الخطاء ناشا عن تقصير في الاجتهاد عمدا او سهوا بحيث كان جاريا على خلاف الموازين اللازمة في الاجتهاد فلا يجوز العمل به للانصراف في الثاني.

مسألة ٤: لا يجوز للمدعي تجديد الدعوى بعد القضاء الى قاض اخر اذا لم يرض به الاخر لانه رد لحكم القاضي الاول و ايذاء للمدعي عليه و قد يكون ردا للحلف الذي يجب الرضا به على ما يأتي. نعم اذا رضيا معا و لم يكن الترافع منافيا للرضا بالحلف و لا ردا للقضاء الاول بل ترافعا احتياطا جاز، و كذا يجوز الترافع قبل صدور الحكم و ان كان الحاكم في اثناء مطالبة البينة من المدعي او اليمين من المنكر و نحو ذلك. و يمكن القول بالجواز في ما اذا كان ترك الترافع حرجيا كما في الزوجة المسلوبة عنه خصوصا اذا علم ان من اخذها بحسب الموازين الظاهرية عالم بكذبه و انه يزني بها حتى باعتقاده فينتفى حرمة الترافع و هل يرتفع به المنع عن اخذها بالقوة اذا قدر عليه قيل نعم و لا يخلو عن قرب.

مسألة ٥: لا يجوز للقاضي الثاني النظر في الحكم الاول بقصد النقض لنفوذه عليه أيضا و ان رضى الخصمان به على نحو ما سبق خلافا لصاحب الجواهر[2] فضلا عن وجوبه في بعض الصور بل ظاهرهم كما في الجواهر[3] المفروغية من الوجوب عند ذكرهم من الادب النظر في امر المحبوسين. فانه مخالف للاطلاق و لاصالة الصحة،

---

١. ج ١، ص ٩٥، الطبعة الرابعة.

٢. ج ٤٠، ص ٩٥.

٣. *المصدر*، ص ٩٤.

بل لو قيل به مطلقا لبطل فايدة القضاء في كثير من الموارد و هو كما ترى.

نعم اذا اعتقد المحكوم عليه عدم أهلية القاضي أو فسق الشهود مثلا جاز له الترافع، و اذا ادعاه جز للقاضي الاخر النظر، بل ادعى عدم وجدان الخلاف في لزوم النظر بين من تعرض له لانها دعوى لا دليل على عدم سماعها، فاذا جاز النظر جاز النقض عند تبيين الخطأ.

مسألة ٦: اذا ترافعا على بيع شيء من المائعات و قد لا قى عرق الجنب من زنا مثلا عند من يرى طهارته فحكم بها كان طاهرا مملوكا للمحكوم عليه و ان كان مجتهدا يرى نجاسته أو مقلد المجتهد كذلك عند صاحب الجواهر، لاطلاق ما دلّ على وجوب قبول الحكم، و هذا معنى نقض الفتوى بالحكم و ان هذا الجزئي خارج من كلى الفتوى بان المايع الملاقي عرق الجنب نجس في حق ذلك المجتهد و مقلديه، و هكذا الكلام في جميع العقود و الايقاعات و الاحكام التكليفية و الوضعية.[١]

أقول: غاية ما يقتضيه نفوذ القضاء هو صحة المعاملة و عدم بطلانها، و أما الحكم بطهارة المائع حتى بالنسبة الى جواز الشرب و نحوه فهو غير مدلل، بل مقتضى القاعدة حرمة شربه مثلا.

و اذا ترافع الزوجان فادعى أحدهما بطلان الزوجية للارتضاع مع الاخر عشرة رضعات و الاخر صحتها بدعوى ان المحرم خمس عشرة رضعة.

فاذا كان رأى القاضي اعتبار خمس عشرة رضعة في الحرمة و حكم ببطلان الزوجية فان كان المدعى ـ أي مدع الفساد ـ هو الزوج لا تجب عليه نفقتها و يجوز له العقد على اختها و التزوج بالرابعة و هكذا و لا يجوز للمرأة دعوى نفقتها عليه و أخذها من ماله و يجب عليها التستر منه نفوذا لحكم القاضي و لكن هل يجوز لها التزويج برجل آخر مع اعتقادها بحسب الفتوى بصحة العقد الاول؟

---

١. *الجواهر*، ج ٤٠، ص٩٨.

فيه تردّد.

و ان كانت هي المدّعية فجاز لها التزويج مضافا الى وجوب تستّرها عنه و حرمة تبرزها عنده و أخذ ماله فهي كالخلية و أما الزوج فلا يجوز له النظر اليها فضلا عن لمسها و وطئها و هل يجب عليه نفقتها؟ و الظاهر العدم اما لكونه من آثار الحكم أو من جهة عدم التمكن، و العمدة انه هل يجوز لها التزوج باختها من دون طلاق المرتضعة اكتفاء بحكم القاضي؟ فيه تردّد كالتردّد في سقوط المهر عنه، وجه التردّد عدم اطلاق أو عموم أو ظهور يفي باثبات مطلق هذه اللوازم على قضائه.

و اذا كان رأيه كفاية عشرة رضعات و حكم بصحة الزوجية فان كان دعوى البطلان من قبلها فلا شيء على الزوج المعتقد للصحة و هو ظاهر و الظاهر وجوب التمكين عليها و في جواز أخذ ماله بعنوان الانفاق و المهر نوع تردّد و يشكل نشر شعرها و ترك التستر عند أبيه و ابنه لما مرّ فافهم.

و ان كان دعوى البطلان من قبله فحال الزوجة المعتقدة للصحة ظاهرة و أما هو فيجب عليه نفقتها و مهرها و قربها بمقدار الواجب و لا يجوز له التزوج باختها لانه من الجمع بين الاختين في ظاهر الشرع فافهم و يشكل مسها و وطئها زيادة على المقدار الواجب لما مرّ. بل يشكل في المقدار الواجب اذا كان قادرا على طلاقها بل يحتمل وجوب طلاقها عليه اذا لم يقدر عن اجتنابها في غير المقدار الواجب من وطئها و مسّها و النظر الى بدنها و الله العالم.

و كذا يشكل تزوج ثالث بها اذا يعتقد بحسب نظره اجتهادا أو تقليدا بطلان دعوى المرأة ببطلان العقد فتأمل. و كذا الظاهر وجوب قضاء الصلاة و الصوم على الابن المتنازع يه و ان لم يثبت قول أبيه عند القاضي و أخذه غيره بحسب الموازين الظاهرية و لا يحرم له النظر الى اخته و عمته مثلا و في وجوب نفقته على أبيه احتمالان لعل أظهرهما الاول كما يجوز للاب الواقعي النظر الى زوجة الابن المذكورة فلاحظ و تأمّل في قيام السيرة على خلاف ما ذكرنا و عدم قيامها و ما يفهم من مذاق الشرع.

نقل و تأييد

وقفت على كلام للمحقق الرشتي في كتاب قضائه[١] بعد قولنا هذا بمدة، ننقله هنا تأييدا للمرام.

قال رحمه الله: هل المراد بحرمة النقض في مواردها الالتزام بآثار المحكوم به مطلقا في نوعه أو في شخصه، أو بآثاره من حيث انفصال الخصومة؟

مثلا اذا اختلف المتبايعان في نجاسة المبيع كالعصير الذاهب ثلثاه بالشمس و طهارته فحكم الحاكم بالطهارة، ففي وجوب ترتيب جميع آثار الطهارة على نوع العصير أو على شخصه المتنازع فيه – سواء وافق اجتهاد المرتب أو تقليده أو خالف – أو خصوص الاثر الذي بسببه وقعت الخصومة اعنى صحة البيع و تملك البايع الثمن من غير ترتيب المشتري أو غيره سائر آثار الطهارة كاباحة الاكل و الصلاة و نحوهما اذا لم يساعد تكليفه وجوه أقربها الاخير لقصور الادلة عن الدلالة على تحكيم الحكم على تكليف الشخص الا من حيث انفصال الخصومة.

مسألة ٧: اذا تبدل رأى القاضي اجتهادا أو تقليدا بعد اصدار حكمه فان علم بخطائه من حيث الموضوع أو الحكم فالظاهر وجوب النقض لان حكمه[٢] السابق باطل مستند اليه و هو السبب في التزام العامل به فلابد من ازالته و ارشاد الجاهل، و ان كان تبدل الرأى بدليل اجتهادي آخر فهل يستمر نفوذه أو يلغى أثره و يلزم القاضي اعلام الطرفين به؟ كما اذا حكم بصحة تزويج من ارتضعت مع الرجل عشر رضعات بفتوى عدم نشرها الحرمة ثم رأى نشرها الحرمة[٣] ذهب صاحب الجواهر الى الاول اعتمادا على اصافة بقاء أثر الحكم و ظهور أدلته في عدم جواز نقضه مطلقا و قال بعدم نقض الفتوى بالفتوى اذا كان مورد الاول مما يقتضى الاستمرار و البقاء و

---

١. ص١١١.

٢. *المصدر*، ص٩٨.

٣. استظهر بعض المعاصرين عدم جواز نقض حكمه من المشهور.

قد عمل به زمانا كالنكاح و غيره للاصل و غيره و لعدم الدليل على الفسخ به بل حاصل الادلّة خلافه كما يبقى على قاعدة الاجزاء مثل الصلاة و الغسل و الوضوء.

و ان كان مورده لا يقتضي الاستمرار كغسل النجاسة تنقض بالثانية فلو غسل مثلا شيئا بالماء القليل الملاقي للنجاسة بفتوى عدم تنجسه بذلك ثم تغير رأيه وجب تجديد الغسل لان طهارة المغسول به مقيدة بمادام ظن المجتهد كذلك.[١]

أقول: الظاهر تبعية القضاء للفتوى في هذا المقام، فاذا قلنا بعدم ناقضية الرأى الثاني للرأى الاول مطلقا أو في بعض الموارد و الاثار[٢] بقى القضاء نافذا و ان قلنا بنا قضيته له فلا معنى لنفوذه بعد اعتراف القاضي بخطائه، بل لا يبعد وجوب الاعلام عليه.

مسألة ٨: هل يجب على الحاكم انفاذ ما حكم به قاض اخر اذا طالبه المحكوم له من دون النظر الى ملاك حكمه ام لا بل له النظر ام لا يجوز له الانفاذ قبل النظر؟ الظاهر هو الاول كما يقتضيه القاعدة نعم اذا شك في اهلية القاضي الاول قيل لم يجب الانفاذ و يأتي في المسألة (٣٨) ما يتعلق بالمقام.

مسألة ٩: لا فرق بين القاضي المنصوب من قبل الحكومة الاسلامية و غيره فيما يتعلق بالترافع بعد حكمه و النظر و النقض.

و كذا لا فرق فيه بين بقائه على منصبه و عزله او انعزاله فانهما لا يؤثر ان في قضائه السابق الصادر صحيحا.

مسألة ١٠: اذا ادعى المحكوم عليه جور حكم القاضي الاول و صدوره بلا دليل و قال القاضي المذكور انما قضيت بعلمي او ادعى المحكوم عليه فسق الشهود و ادعى القاضي عدالتهم لا يبعد قبول قوله ما لم يثبت كذبه لان علمه بالحال و اعتقاده بالعدالة لا يعرفان الا من قبله، و اذا ادعى اصدار حكمه من دون شاهدين و قال

---

١. *الجواهر*، ج ٤٠، ص٩٨و٩٩.

٢. مستمسك *العروة الوثقى*، ج ١، ص ٨٥.

القاضي الاول حكمت بالشاهدين فان أمكن احضارهما امره القاضي الحاضر به و ان لم يمكن لبعد الزمان و نسيان القاضي المذكور اعيان الشهود فيمكن تقديم قوله و الا لارتفع الامان من القضاء بفتح هذا الباب. فكل ما يدعيه المحكوم عليه لا بد له من اثباته.

و عن الشيخ انه اذا ادعى رجل ان المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين و قال المعزول لم احكم الا بشهادة عدلين يكلف البينة لانه اعترف بنقل المال و هو يدعى بما يزيل الضمان عنه.

اقول: تكليف القاضي باقامة البينة في الموارد المقتضيّة لها امر مشكل من جهة الاطلاقات و من استلزامه ارتفاع الامان المذكور خصوصا اذا نسى القاضي صورة الحال لطول المدة أو كثرة الشغل أو غيرها.

و يمكن التفصيل في جميع موارد الادعاء على القاضي بين امكان التحقيق لقرب الفاصلة و عدمه و على الثاني يكلّف باليمين دون البينة لكن اتمام كل ذلك بالدليل المعتبر مشكل و أشكل منه قول الشيخ المزبور مع مضي المدة الكثيرة عن المرافعة و الحكم و الله العالم.

مسألة ١١: اذا ظهر فسق الشهود أو فقد شرط آخر يجب على القاضي نقض حكمه بل جاز للمحكوم عليه نقضه، و لا يجوز للمحكوم له و غيره ترتيب آثار الحكم المعتبر عليه. فان صحة الحكم موقوفة على شرايط فاذا ظهر عدم بعضها لغي لحكم، و كذا اذا علم المقلد فقد شرط في راوي الرواية التي أفتى بمضمونها مجتهده فان مثل هذا الافتاء لا يكون حجة في حق مثله فجاز له مخالفته.[١]

مسألة ١٢: لا بأس بجعل فردين جامعين للشرايط قاضيين اذا رضى المتخاصمان لعدم المانع و للخبر الاتي و اما اذا لم يرض المدعى عليه الّا بواحد ففيه اشكال.

و على الاول ان اختلف القاضيان في الحكم ينفذ قول أفقههما و أعلمهما بالسنة و

---

١. لاحظ ص ١٢٥ و ما بعدها من كتاب قضاء المرزا الرشتي ؒ.

أورعهما و يلغو قول الاخر لحسنة داود بن الحصين بطريق الشيخ دون الصدوق ـ عن الصادق عليه السلام في رجلين اتفقا على عدلين جعلاهما بينهما في حكم وقع بينهما فيه خلاف فرضيا بالعدلين فاختلف العدلان بينهما عن قول أيهما يمضي الحكم؟ قال: ينظر الى أفقههما و أعلمهما بأحاديثنا و أورعهما فينفذ حكمه و لا يلتفت الى الاخر.[1]

و في الموضوع رواية مفصلة اخرى لكنني لا أقبلها لجهالة عمر بن حنظلة، فالمرجح هو الاعلمية و الاورعية فمع تساويهما فيهما يسقط الحكمان مع و لا ينفذان للتعارض و مع وجود الاعلمية في أحدهما و الاورعية في الاخر يشكل الترجيح و أن لا يبعد ترجيح الاول عملا باللارتكازات و بناء العقلاء.

و في فرض تساقط الحكمين يرجعان الى الاعلم منهما و في رجوعهما الى ثالث مساو لهما في العلم اشكال من تعارض قضائه بقضاء أحدهما أو كليهما فلا أثر له و من جهة صدوره بعد تساقط حكميهما فلا يعارضان حكما معتبرا.

مسألة ۱۳: لا بأس بتشكيل لجنة قضائية تتكون من جماعة جامعين للشرائط بل هي أولى بكثير من القضاء الفردي فان صدر الحكم بالاتفاق منهم ولو بتوسط واحد منهم بالوكالة فهو و ان صدر بالاكثرية فان سكت الاقلية عن الراي كما هو المتداول نفذ الحكم بلا اشكال و ان حكمت الاقلية المخالفة بحكم مخالف للحكم الاول فالظاهر عدم العبرة في ترجيح الحكم بالاكثرية، بل بالاعلمية و الاورعية كما سبق ففي أي الفريقين وجد الاعلم نفذ حكمهم.

مسألة ۱٤: القضاء واجب كفائي على المكلفين المستعدين له بلا خلاف كما عن الرياض و يمكن أن نستدل عليه بوجوه:

منها انه من الدعوة الى الخير و من الامر بالمعروف و النهي عن المنكر لكنه يوجب الحكم بعد معرفة الحق دون استماع أقوال المتخاصمين و النظر في البينة مثلا

---

۱. *الوسائل*، ج۱۸، ص۸۰.

و مع المعرفة يجب الامر على كل أحد كفاية و ان لم يجمع فيه شروط القضاء[1] و لا يجري هذا الوجه فيما اذا ترافعا من جهة الاختلاف في الحكم اجتهادا أو تقليدا. و كذا بعض الوجوه الاتية الاخر.

و منها فحوى ما دلّ على وجوب الشهادة تحملا و اداء من الكتاب و السنة و لا اتذكر من استدل به مع قوته.

و منها قوله تعالى: «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ»[2] بل قوله تعالى: «كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ»[3] لكن فيه تأمل و المتعين عدم دلالة الامر فيه على الوجوب بل الظاهر ارادة مطلق الرجحان بخلاف الامر في الاية الاولى فانه لاصارف لدلالته ولو دللة عقلية على الوجوب فتأمل،.

و منها قوله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَ الْإِحْسانِ...» ان استفدنا الوجوب من الامر المذكور و قوله تعالى: «اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوى»[4] بناء على شمول العدل للقضاء بالحق بل يمكن فهم الوجوب من قوله... ليقوم الناس بالقسط.

و منها انه مما يتوقف عليه النظام و كل ما كان كذلك فهو واجب، و اشكال الجواهر عليه غير واضح.

و منها صحيحة أبي‌خديجة المتقدمة فان الامتناع عن القضاء ردّ عملى لجعل الامامعليه السلام و هو غير جايز.

و منها القطع بعدم رضى الشارع بترك القضاء بين المسلمين رأسا و الاكتفاء بمجرد توصية المتنازعين بالاصلاح و العفو مثلا خلافا لجميع الانظمة العقلائية في العالم.

---

١. فى كتاب القضاء للمحقق الرشتىقدس سره: و حقيقة الفرق بين الامر بالمعروف و القضاء هو ان الالزام على وجه الامر بالمعروف لا يزيد فى تكليف الملزم عليه شيئا على ما يقتضيه أدلة الامر بالمعروف و النهى عن المنكر من الالتزام بخلاف الالزام على وجه القضاء فانه سبب لوجوب الالتزام بما ألزم سواء طابق تكليفه أم خالف. ص٣٢ طبع مطبعة الخيام.

٢. النساء (٤): ١٣٥.

٣. المائدة(٥): ٨.

٤. المائدة(٥): ٨.

مسألة ۱۵: يجب القضاء تعيينا على المكلف اذا لم يوجد غيره حسب القاعدة المطردة لكن اذا وجد في بلد آخر امكن الذهاب اليه بصرف ساعات من الوقت و مبلغ من النقود فهل يتعين القضاء على الحاضر أم لا؟ و لا يحضرني كلام أحد في تحقيق المسألة بوجه دقيق، و يمكن ان يعلق التعيين على مشقة السفر الى الثاني لاغلب المراجعين فان الله يريد بهم اليسر و لا يريد بهم العسر.

مسألة ۱٦: كما يجب القضاء يجب تحصيل مقدماته حتى تحصيل العلم أما شرعا و عقلا و اما عقلا.

مسألة ۱۷: لا يجب القضاء بدون المرافعة و طلب المدعي لانه صاحب الحق و لذا يحسن منه العفو و مع الطلب يجوز بل يحسن الاصلاح أو الامر بالاصلاح فان الصلح خير و لا منافاة بين وجوب القضاء و رجحان الاصلاح.

مسألة ۱۸: الظاهر حرمة أخذ الاجرة على القضاء من المتخاصمين أو الحكومد أو غيرها لصحيح عمار بن مروان[۱] و ما أورد عليه خلاف الظاهر[۲] بل يمكن تعميم الحكم لما يتعلق بالقضاء كالكتابة مثلا فان الذي جعل من السحت في الصحيح اجور القضاة دون الاجرة على القضاء فقط الا ان يدعي ان الاجر على الكتابة مثلا من اجور الكتاب دون القضاة فتأمل.

نعم اذا اشترط عليه الحكومة الاسلامية عدم أخذ اجرة الكتابة و نحوها كما هو المتداول اليوم حرم الاخذ مطلقا.

مسألة ۱۹: لا فرق بين الاجرة و الجعل على الاقوى لشمول الرواية لكليهما كما لا يخفى.

مسألة ۲۰: القدر المتيقن من جواز ارتزاق القاضي من بيت المال انما هو فرض احتياجه و استحقاقه، و اما اذا كان غنيا فمع المصلحة يجوز للحكومة رزقه منها و مع عدمها ففي أخذه منها تردّد و كذا اذا تعيّن و كان غنيا ففي أخذه الرزق وجهان و عن المسالك نسبة المنع الى الاشهر.

---

۱. *الوسائل*، ج ۱۲، ص ۷٤.

۲. لاحظ: *مبانی تكملة المنهاج*، ج ۱، ص ٤.

مسألة ٢١: لا بأس بمطالبة القاضي اجرة السيارة الى مجلس القضاء و آلة التبريد و غيره في الصيف و الشتاء و كذا لوازم مجلس القضاء.

مسألة ٢٢: يجوز أخذ الاجرة على الاصلاح عملا بالقاعدة و عدم المانع.

مسألة ٢٣: يحرم بذل المال للقاضي بغرض احقاق الباطل و ابطال الحق لقوله تعالى: «وَ لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ وَ تُدْلُوا بِها إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ»[١] و لا فرق بين أكل المال و ساير أنواع الظلم في الغاية حسب المتفاهم العرفي و يدل على حرمته أيضا ما دلّ على حرمة اعانة الظالم كما بيّناه في بحث المحرمات[٢] و أما ما في الجواهر[٣] من الاستدلال عليه بحرمة اعانة الاثم فممنوع لعدم الدليل على حرمة اعانة مطلق الاثم كما بيّناه أيضا فيها.[٤]

مسألة ٢٤: يجوز بذل المال له اذا توقف التوصل الى حقه لعدم دلالة ما مر على المنع حينئذ بل في الجواهر[٥] لا اجد فيه خلافا لقصور ادلة الحرمة عن تناول الفرض... .

أقول: اذا فض قصور الادلة المانعة فلا فرق بنى توقف التوصل عليه و عدمه بل يجوز بذل المال مطلقا حتى تسهيلا لوصول الحق و التفصيل بين الصورتين محل نظر، ثم الحق ان حرمة كل من الاخذ و البذل تستلزم حرمة الاخر حسب المتفاهم العرفي، و سيأتي ان اخذ الرشوة حرام مطلقا فليكن بذلها أيضا كذلك و ان لم يدل ما مر على حرمته، لكن أدلة نفي الضرر تجوز البذل عند توقف الحق عليه فيبقى غيره الا ان يدعي اختصاص الرشوة بحسب الوضع او بحسب اطلاق الكفر عليها في

---

١. البقرة(٢): ١٨٧.

٢. *حدود الشريعة فى محرماتها*، ج٢، ص٤١.

٣. *الجواهر*، ج٤٠، ص١٣١.

٤. و أما صحيح ابن سنان عن الصادقعليه السلام: أى مؤمن قدم مؤمنا فى خصومة الى قاض أو سلطان ائر فقضى عليه بغير حكم الله فقد شركه فى الاثم. *الوسائل*، ج١٨، ص٣. فلا اطلاق فيها يحرم الاعانة فى مطلق الاثم فيختص بمورده.

٥. ج٢٢، ص١٤٥.

الرواية بابطال الحق فقط و عدم شموله لاحقاق الحق فيعدم الاطلاق من البين.

مسألة ٢٥: يحرم اخذ الرشوة ـ مثلثة ـ على القاضي بلا خلاف و لا اشكال بل قيل انه ضروري بين المسلمين في الجملة، و في موثقة سماعة عن الصادقعليه السلام الرشا في الحكم هو الكفر بالله[١].

و مثله صحيحة عمار و موثقة اخرى لسماعة و غيرها[٢] و لا يبعد كونها بمعنى مطلق الوصلة الى الحاجة ولو كانت حلالا غير حرام فيحرم اخذها مطلقا.

ثم انه لا اشكال في تحققها في ضمن بذل المال كالهدية و الهبة و العارية و الوقف و عقد المحاباة و نحوها فيبطل جميعها و في شمولها للاعمال و الاقوال كمدح القاضي و اتيان حوائجه و اظهار تعظيمه نظر ربما يقوي في البال العدم خلافا للجواهر[٣] و ان قد تحرم على الفاعل من جهة الاذلال او الكذب أو الاعانة على الظلم و نحو ذلك و اما حرمة الاستماع على القاضي او وجوب رده عمل الفاعل مثل فغير مدللة.

مسألة ٢٦: اذا اعطي للقاضي الخمس او الزكاة بقصد التوسل للحكم و رشوة فقيل بحرمته و عدم ملكية القاضي لهما لا شخصا و لا ولاية على الفقراء بمعنى انه لا يدخل في ملكهم فان عنوان الرشوة مفسد للمالية كمفسدية الرياء في العبادة.

نعم في صورة عدم بقاء المال عند صاحبه الا بمقدار الخمس او الزكوة تحصل الملكية لانه اعطاء مال نفسه بخصوصه لمكان تعينه له فتأمل انتهى و فيه نظر أو منع.

مسألة ٢٧: اختيار تعيين القاضي بيد المدعي كما عن المشهور المدعى عليه الاجماع و هذا هو المختار لان له اثبات حقه باي وجه شاء.

و اما في التداعي فالاختيار بيدهما معا فان اتفقا على احد او اثنين فهو و ان اختلفا فالقرعة لعموم دليلها.

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص١٦٢.

٢. *المصدر*، ج١٢، ص٦٢.

٣. ج٤٠، ص١٤٧.

و ربما يقال بتقديم مختار من اختار الاعلم ولو كان المختار المدعى عليه لما يأتي من اعتبار اعلمية القاضي في البلد، لكن الاعتبار المذكور لا دليل عليه.

مسألة ٢٨: يجوز للقاضي تقسيم الميراث بين الورثة اذا كان فيهم صغر لموثقة سماعة قال: سألته عن رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصية و له خدم و مماليك و عقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث؟ قال عليه السلام ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس[١] فاذا جاز ذلك للثقة جاز للقاضي بطريق اولى.

و كذا يجوز له بيع أموال من يموت بغير وصية و له ورثة كبار و صغار لصحيح اسماعيل بن سعد عن الرضا عليه السلام الدال على جوازه اذا قام عدل في ذلك و رضى الورثة بالبيع و لصحيح البزنطى.[٢]

و على الجملة القاضي ان كان مجتهدا فله الولاية الثابتة بالادلة المعتبرة، و ان لم يبلغ مرتبة الاجتهاد فقد جوّزنا له القضاء بمعتبرة ابى خديجة. و غير القضاء من المناصب و الافعال المختصة بالفقيه لا يجوز له التشبث بها الا اذا دلّ الدليل عليه بخصوصه كتقسيم الميراث و نحوه أو اذن له الفقيه الجامع للشرائط.

و يمكن أن نجوّز له اجراء الحدود و التعزيرات كالامر بالقصاص و حدّ القذف و نحوه بل نجوز له كل ما جاز للقضاة الحكوميين (الرسميين) في عصر الصادق عليه السلام الا ما ورد الدليل على منعه بخصوصه، تنزيلا للجعل الصادر عنه عليه السلام على ما هو المتداول، فتأمل فيه.

القول فى شروط القاضى

مسألة ٢٩: يعتبر في القاضي امور:

اولها العقل و اعتباره واضح بل يعتبر كماله اى الرشد فلا يصح قضاء السفيه و قد قيل انه لا خلاف فيه، و لعل مدركه بناء العقلاء عليه.

---

١. *الوسائل*، ج ١٣، ص ٤٧٤.

٢. ج ١٢، ص ٢٧٠.

ثانيها البلوغ، ثالثها الذكورة، لان الوارد في الروايات المعتبرة هو الرجل فلا دليل على انفاذ قضاء الطفل و المرأة، نعم اطلاق بعض الايات المتقدمة المستدل بها على وجوب القضاء يشمل المرأة أيضا و كذا قاعدة الاشتراك.

الا ان يقال القضاء كتجهيز الميت في احتياجهما الى اذن الولى و عدم كفاية الادلة الدالة على الوجوب الكفائي بمجردها للمباشرة كما نقلناه عن القوم و لم يثبت اذن ولي المؤمنين للمرأة، و قاعدة الاشتراك لا مسرح لها بعد اتفاق اهل الفتوى على الاختصاص.

رابعها طهارة المولد للاجماع المنقول و فحوى ما دل على المنع من شهادته و امامته فتدبر.

و خامسها الايمان للروايات الكثيرة و اعتباره فليكن ضروريا في الفقة لكن الظاهر جواز نصب غير المؤمن من قبل الحكومة الاسلامية على امثاله لعدم الدليل على المنع.

سادسها العدالة للاجماع المنقول و فحوى ما دل على المنع من شهادته و امامته و ولايته على يتيم[١] و كون الركون اليه من الركون الى الظالم، و العمدة هو الفحوى الثابت عن اعتبارها في الشهادة ان شاء الله تعالى والا لقلنا بكفاية كونه صالحا صادقا و ان لم يكن عادلا.

سابعها الضبط و عدم غلبة نسيانه على ذكره لانصراف الدليل عن مثله، و لبناء العقلاء على عدم تاهله لمثل هذا المنصب و يحرز هذا الشرط بالاصل.

و لا يبعد ان يكون هذا شرطا للجواز و النفوذ معا فلا يجوز لغير الضابط التصدى للقضاء اذا لم يطمئن بصحة قضائه حسب الموازين الشرعية ففي صحيحة معاوية بطريق الصدوق عن الصادق عليه السلام اى قاض قضي بين اثنين فاخطأ سط ابعد من السماء.[٢]

---

١. *الوسائل*، ج١٢، ص٢٧٠.

٢. *المصدر*، ج١٨، ص١٨.

ثامنها الكتابة.

تاسعها الحرية.

أقول لا دليل على اعتبارهما، و على اعتبار النطق و السمع و نحو ذلك فاذا امكن القضاء بدونها جاز و نفذ و الا فلا بد من اعتبارها و اعتبار كل ما يتوقف عليه القضاء.

عاشرها العلم و اعتباره في جواز القضاء و نفوذه فليكن واضحا مفروغا عنه.

مسألة ٣٠: هل يعتبر ان يكون العلم بالاحكام و مسايل القضاء اجتهاديا مأخوذا من الادلة التفصيلية ام يكفي كونه عن تقليد صحيح؟ و على الاول هل يكفي علمه بالمسألة المتنازع فيها ام لا بد من كون القاضي مجتهدا مطلقا و يكون المتجزى كالعامي في عدم نفوذ قضائه؟

قيل لا خلاف بل ادعي الاجماع على اعتبار الاجتهاد و عدم كفاية التقليد لوجوه:

منها انه القدر المتيقن في نفوذ القضاء لعدم اطلاق لفظي في البين و انما اوجبناه لحفظ النظام. و يضعفه ما مر منا من الاطلاقات.

و منها رواية عمر بن حنظلة ففيها... ينظر ان من كان منكم ممن قد روي حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف احكامنا فليرضوا به حكما فاني قد جعلته عليكم حاكما[1] و يرده ضعف السند بعمر المذكور و لا تجبرها الشهرة ان تحققت على المختار و ان سميت الرواية في لسان بعضهم بالمقبولة فلا يقيد بها اطلاق صحيحة ابى خديجة.

و منها صحيحة ابي‌خديجة المتقدمة لكن دلالتها على عدم اعتبار الاجتهاد المطلق واضحة، و مقتضى اطلاقها و اطلاق بعض الايات المتقدمة كفاية مطلق العلم ولو عن تقليد معتبر و هذا هو الاظهر و قد بيّنه صاحب الجواهر ﷺ أحسن بيان.

لا يقال: قوله في صحيح داود بن الحصين... الى افقههما و أعلمهما بأحاديثنا[2] يدل بوضوح على اعتبار الاجتهاد اذ لا علم للمقلد بالاحاديث.

---

١. *المصدر*، ج١٨، ص٩٩.

٢. مر الحديث فى المسألة الحادية عشرة.

فانه يقال: نعم لكنه من المرجحات عند التعارض و من الواضح انه ليس كل مرجح بمعتبر في الحجية، و لذا لا يعتبر شيئا من المرجحات المقررة في باب تعارض الروايات في حجية الخبر.

و يقال ان أول من ذهب الى جواز قضاء العامي و عدم اشتراط الاجتهاد هو المحقق القمي رحمه الله و اما ما فصله و اطاله المرزا حبيب الله الرشتي ﴿ره﴾ من اعتبار الاجتهاد و منع قضاء المقلد في كتاب قضائه فأظنه غير مفيد كما يظهر وجهه مما ذكرناه هنا.

نعم اجاز قضاء المقلد في فرض الاضطرار باذن المجتهد و نصبه مقلدا عالما غير مجتهد و أوجب عليه القضاء بفتوى الناصب دون فتوى من يقلده.

لكنه ايضا ممنوع لعدم جواز القضاء الا عن فتوى صحيح فاذا فرض اعتقاد القاضي بأعلمية مجتهده من المجتهد الناصب كيف يجوز له القضا بفتواه خصوصا اذا كان المترافعان يقلدان مجتهده حتى اذا شرط الناصب عليه القضاء بفتواه.

نعم يمكن ذلك فيما اذا كان المترافعان مقلدين للناصب فلاحظ و لا فرق فيما ذكرنا بين فرض الاضطرار و الاختيار و الله العالم، و ذهب المحقق الاشتياني في كتاب قضائه الى ما يقرب مذهب المرزا ـ و كلاهما معاصران و من تلامذة الشيخ الانصاري قدس الله اسرارهم ـ لكن اقواله ايضا غير مقنعة و الحق احق بالقبول.

مسألة ٣١: لا تعتبر اعلمية القاضي ممن في البلد حتى اذا علم اختلاف الاعلم مع غير الاعلم في القضاء لاطلاق صحيحة ابيخديجة السابقة و ظهور صحيحة داود بن الحصين خلافا للمنسوب الى المعروف من اعتبارها و ما عن أميرالمؤمنين﴿ع﴾ من قوله في عهده الى الاشتر: اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك. يحمل على الارجح فان الافضلية اوسع مفهوما من الاعلمية و لم يقل احد باعتبارها.

مسألة ٣٢: قيل لا يعتبر الاجتهاد في قاضي التحكيم و هو من يختاره المتنازعان للتحاكم اليه لاطلاق قوله تعالى: «وَ إِذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» و اطلاق رواية ابيخديجة السابقة و صحيح الحلبي قال: قلت لابيعبد الله﴿ع﴾:

ربما كان بين الرجلين من اصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجل منا،
فقال: ليس هو ذاك انما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف و السوط.[١]

و لعل المعروف بينهم اعتبار جميع ما يشترط في القاضي المنصوب عن الامام عدا الاذن.[٢]

اقول: لابد من تقييد صحيح الحلبي بغيره مما دل على اعتبار العلم و العدالة و غيرهما لعدم احتمال نفوذ قضاء الرجل الجاهل المتجاهر بالفسق المتولد من الزنا مثلا، و أدلة شروط القاضي بعد فرض تماميتها لا تفرق بين المنصوب و غيره فافهم و الاية و رواية ابي‌خديجة الجمال قد عرفت نظارتهما الى المنصوب و لا اقل من كون الاية مطلقة غير مختصة بقاضي التحكيم و دعوى الاختصاص تحكم بارد.

و عليه فلا موضوع لقاضي التحكيم اذ كل من وجد فيه الشرايط المعتبرة فهو منصوب بالاذن العام و ان فقد بعضها لا يصح قضائها لعدم الدليل.

نعم اذا ثبت اعتبار الاجتهاد في القاضي المنصوب امكن صحة تقسيم القاضي الى المنصوب و قاضي التحكيم لتحققه في العلماء غير البالغين حدّ الاجتهاد و لكنه لم يثبت فتلغو القسمة رغم دعوى الاجماع عليها. و يحتمل تصحيحها بعدم اعتبار طهارة المولد و العدالة في قاضي التحكيم بل يكفي علمه و صدقه.

مسألة ٣٣: ذكر جمع ان كل من لا تقبل شهادته لشخص أو عليه لا ينفذ قضائه كذلك كشهادة الولد على والده و الخصم على خصمه و لكنه لم يذكروا له دليلا مقنعا فالاظهر نفوذ قضائه و ان فرض عدم قبول شهادته.

مسألة ٣٤: يحرم القاضء على من لم يجمع فيه الشروط المذكورة و هو موضع وفاق بين اصحابنا و قد صرحوا بكونه اجماعيا كما عن المسالك لظهور النص و الفتوى في كونه من المناصب المختصة بالامام على نحو لا يجوز لغيره التصدي له الا

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص ٥.

٢. لاحظ: *الجواهر*، ج ٤٠، ص٢٨.

باذنه، و قد سبق ان العمدة في اثباته صحيحة سليمان بن خالد و في دلالتها على الحرمة النفسية اشكال ما.

نعم لا شك في حرمته في فرض جهل المحكوم عليه و أخذ المال منه أو حبسه و احضاره الخصم بغير رضاه و نحو ذلك من التصرفات، و اما مع العلم بحاله و ببطلان قضائه فاثبات الحرمة الذاتية محل اشكال و الله العالم.

نعم يمكن ان يقال ان العلم و الضبط يشترطان في جواز القضاء و غيرهما شروط للصحة و النفوذ فلا يجوز لغير العالم و الضابط القضاء مطلقا و ان عرفه المتنازعان و علما بطلان قضائه لاطلاق بعض الروايات كصحيح ابي‌بصير على اشكال في محمد بن حمران الواقع في السند عن الصادق عليه السلام من حكم في درهمين بغير ما انزل الله عز و جل فهو كافر بالله العظيم.[1]

و صحيح ابي‌عبيدة عن الباقر عليه السلام:

> من افتى الناس بغير علم و لا هدى عن الله لعنه ملائكة الرحمة و ملائكة العذاب و لحقه وزر من عمل بفتياه.[2]

لكن ذيل الصحيح يصلح بيانا للمقام فتأمل.

و أما قوله تعالى و اذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل فيشكل استفادة الاطلاق بالنسبة الى عدم اعتبار شروط القاضي منه لاحتمال كونه ناظرا الى لزوم القضاء بالحق و المنع عن القضاء بالجور و الباطل فتدبر.

مسألة ۳۵: اذا علم القاضي المنصوب من قبل الحكومة الاسلامية فقدان بعض الشروط في حقه لا يجوز له تقبل المنصب و التصدى للقضاء و كذا اذا كان ولى الامر او نائبه عارفا بحاله ومع ذلك نصبه للتقية و اما اذا نصبه لضرورة اخرى جاز له القضاء و جاز للمكلفين الترافع اليه في هذه الصورة دون الصورتين الاولتين، و نصب شريح و ابقائه على القضاء يحتمل كلا الوجهين.

---

۱. *الوسائل*، ص۱۸.

۲. *المصدر*، ص۹.

مسألة ٣٦: يحرم الترافع الى من ليس اهلا للقضاء. لقوه تعالى: «**أَ لَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا... يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ...**»[1] لكن المتيقن من الطاغوت الظالم المتعدى الذي يحكم على هواه و بغير ما انزل الله كما يظهره مما بعد الاية و منه القضاة الفسقة المنصوبة من قبل الحكومات غير الاسلامية و المستخدمين في الانظمة اللاشرعية كما دلت عليه الروايات.[2]

أما الترافع الى مطلق من ليس جامعا للشرايط كبعض علماء أهل الحق الذين لا يجورون في الحكم و لكن يفقدون بعض الشروط كالعدالة و الذكورة بل البلوغ فلا تشمله الاية و الروايات فيمكن ان يقال بجوازه توصلا الى حقه ولو من باب التقاص مع اعتقاده بطلان حكمه و نفوذ قضائه شرعا الا ان ينعقد الاجماع على حرمته بل عن المسالك ان ذلك (الترافع الى من ليس اهلا للقضاء) كبيرة عندنا و استدل عليه سيدنا الاستاذ الحكيمؒ بما دل على حرمة الاعانة على الاثم و ما دل على حرمة الامر بالمنكر و ببعض الروايات.[3]

لكن الاولين غير تامين في انفسهما و غير شاملين لما نحن فيه على الفرض و الاخير قد ذكرنا ان المعتبر منه غير دال على المنع. و على ذلك يمكن التفصيل بين فقدان الشرايط في حرمة الترافع و لذا قال الصادقؑ في صحيح ابن سنان المذكور في أوايل كتاب القضاء من الوسائل ايما مؤمن قدم مؤمنا في خصومة الى قاض أو سلطان جائر فقضى عليه بغير حكم الله فقد شركه في الاثم فلاحظ و تأمل.

و على كل حال لا اشكال في جواز الترافع اليه في فرض توقف حصول حقه عليه لقاعدة نفى الضرر بل يجوز الحلف كاذبا حينئذ.[4]

---

١. النساء(٤): ٦٠.

٢. لاحظ: اول کتاب القضاء من *الوسائل*، ج١٨.

٣. مستمسك *العروة الوثقى*، الطبعة الثالثة، ج١، ص٧١.

٤. *الوسائل*، ج١٦، ص١٣٤.

مسألة ٣٧: المعروف المدعى عليه الاجماع حرمة ما اخذ بحكم الحاكم غير الجمع للشرايط و ان كان الاخذ محقا بلا فرق بين العين و الدين. أقول:

مقتضى القاعدة الاولية حلية العين. و أما الدين فان كان الاخذ غير عالم باستحقاقه فحرمة اخذه واضحة و ان كان عالما فان قلنا باختصاص جواز التقاص بصورة عدم التمكن من الترافع الى الحاكم الشرعي فالحرمة أيضا ثابتة لعدم مجوز للتصرف في مال الغير مع فرض بطلان الحكم، و ان فرض جواز الترافع تكليفا. و اما ان قلنا بجواز التقاص مطلقا فالحرمة محتاجة الى دليل معتبر.

و رواية عمرو بن حنظلة لا نقول فحجّيتها. بل مقتضى اطلاق موثقة ابن فضال عن الرضا عليه السلام جواز الاخذ ففيها... هو أي الرجل يعلم انه ظالم فيحكم له القاضي فهو غير معذور في أخذه ذلك الذي قد حكم له اذا كان قد علم انه ظالم.[1]

و الظاهر ارادة القضاة الجائرين لان الرواية تفسر قوله تعالى و تدلوا بها الى الحكام.

مسألة ٣٨: اذا ادعى المحكوم عليه عدم علمه بعدالة القاضي أو علمه مثلا فان كان القاضي منصوبا من قبل الحكومة الاسلامية لا يسمع ظاهرا للسيرة بل و لبناء العقلاء فتأمل.

و من هنا يظهر الحال في اطلاق ما ذكرناه ذيل المسألة الثامنة و أما اذا ادعى علمه بعدم عدالته فيسمح له بالاثبات و كذا اذا لم يكن منصوبا من قبلها و انما الاشكال في فرض ادعء شكّه في عدالة القاضي غير المنصوب من قبلها و انما قضى بالاذن الشرعي. من اقتضاء القاعدة عدم نفوذ حكمه عليه فانه شاك في شرط النفوذ و من استلزامه سد باب نفوذ القضاء لامكان الادعاء المذكور من كل محكوم عليه فتأمل.

مسألة ٣٩: يصح للقاضي أن يحكم بعلمه كما يحكم بالبينة و الاقرار و اليمين بلا فرق بين حقوق الله و حقوق الناس لصدق الحكم بالحق و العدل الوارد في الكتاب

---

١. ج١٨، ص ٥.

و السنة و لان العلم حجة عقلية و حاك عن الواقع. و الحصر في قول الرسول الاعظم صلى الله عليه و آله:

انما اقضى بينكم بالبينات و الايمان و بعضكم الحن بحجته من بعض فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئا فانما قطعت له قطعة من النار.[1]

ناظر الى ما يتوقع الناس من حكمه بعلم النبوة و الغيب لا الى مطلق غير البينة و اليمين حتى يسقط الاقرار أيضا عن الاعتبار.

و هذا أي جواز الحكم بالعلم هو المعروف المدعى عليه الاجماع و المخالف نادر نعم لا يجوز له اقامة الحدّ في حقوق الناس قبل مطالبة صاحب الحق.

و يقال ان فى المسألة أقوال أربعة للفقهاء.

أولها عدم جواز القضاء بعلمه مطلقا.

ثانيها جوازه مطلقا.

ثالثها الجواز فى حقوق الناس دون حقوق الله.

رابعها عكس الثالث، و الاصح هو الثاني كما عرفت.

مسألة ٤٠: لا يجوز اصدار الحكم بالبينة و اليمين و الاقرار اذا علم القاضي كذب الشهود و الحالف و المقرّ و لا يجب عليه سماع الدعوى و الشهادة اذا علم بكذب الدعوى و هذا واضح.

مسألة ٤١: قال الشهيد فى قواعده: اذا ادعى الى الحاكم و يعلم براءة ذمته لا تجب الاجابة الّا أن يخاف فتنة، ولو كان المدعى به عينا و سلمها لم تجب الاجابة، و كذا لو كان معسرا و علم انه يحكم عليه بجوز بل ربما حرّم كما في القصاص و الحدّ لانه تعريض بالنفس الى الاتلاف.[2]

أقول: و اذا دعه الحاكم وجب عليه اجابته الّا فى الفرض الاخير مع القطع

---

١. *الوسائل صحيحة هشام عن الصادق*، ج١٨، ص١٦٩.

٢. ج٢، ص١٩١ الطبعة الجديدة بقم ذيل القاعدة (٢١٦).

بالبراءة، فان علمه ببراءة ذمته لا ينافي وجوب اجابة الحاكم للحضور فی مجلسه و الجواب عما يسأله الحاكم، و الظاهر ان مراد الشهيد فرض تحقق الطلب من قبل غير الحاكم كالمدعي كما يستفاد من أول كلامه المذكور. نعم يرد عليه انه حينئذ لا تجب الاجابة حتى مع الشك في براءة ذمته:

القول في أحكام الدعوى

مقدمة فی بيان المدعی و المنكر

المدعي هو الذي يدعى شيئا على آخر و يكون مكلفا باثباته فلا حقيقة شرعية له سوى معناه العرفي كما حققه صاحب الجواهر[1] و عن المشهور انه هو الذي يترك لو ترك الخصومة.

و أورد عليه بعدم الانعكاس فان الدعوى قد تكون لتحقق الحق على الغير و قد تكون للخروج من حق الغير عليه كدعوى الاعسار و الوفاء و اداء المغصوب و الوديعة و غيرها مما لا يترك لو ترك و كدعوى الزوج عدم التصرف بالزوجة مع الخلوة فانه مدع عندهم و لا يترك لو ترك الدعوى فانها تطالبه بتمام المهر بدعوى دخوله بها و الفرض ان القول قولها مع الخلوة و قيل ان مدعي فساد المعاملة يطالب بالمبيع أو الثمن و لا يترك لو ترك و عن بعضهم انه الذي يدعي خلاف الاصل و عن ثالث انه الذي يدعي أمرا خفيا منافيا لظاهر الشرع و عن الرابع الترديد بين خلاف الاصل و الامر الخفي و يفهم معنى المنكر من هذه الكلمات أيضا فانه في مقابل المدعي.

و أورد على الثاني انه ان اريد مخالفة كل أصل ففيه ان كثيرا من أفراد المدعي موافقة لاصل العدم و غير و لكنها مخالفة لاصل الصحة و نحوه و ان اريد مخالفة بعض الاصول فلا يتميز عن المنكر الذي يخالف أصلا من الاصول.

---

۱. *الجواهر*، ج ۴۰، ص ۲۷۱.

و ان شئت تفصيل الكلام حول الاقوال فلاحظ المطولات.[1]

تتميم

قال الاصولى العراقي فى ص ١٠٦ كتاب قضائه:

ثم انه لو شك فى مورد تشخيص المدعي عن المنكر من جهة عدم احراز حجة شرعية أو عرفية ففي الاكتفاء بالبينة نظر... من جهة الشك في ميزانيتها بعد اقتضاء التفصيل قطع الشركة فى عموم البينة على المدعى الخ و حينئذ فلو أقام أحد الطرفين بينة فان حلف على طبق دعواه مع رضا غيره بحلفه فيحكم له للعلم الاجمالي بوجود الميزان و الّا فلا مجال للحكم على طبق واحد منهما فى ظرف انفارده عن غيره للشك فى قيام ميزان الفصل فى المسئلة و حينئذ فما في الجواهر من ان عموم دليل البينة يقتضي الحكم على طبقه منظور فيه انتهى.

أقول سيأتي ان الاظهر هو قول صاحب الجواهر.

مسألة ٤٢: يشترط في سماع الدعوى امور:

١. عقل المدعي و اعتباره واضح فلا يسمع القاضي دعوى المجنون و غير المميز و نقل عن جمع اعتبار الرشد لكنه في مثل القتل و الجرح و الغصب و غيرها مما ليس تصرفا ماليا لا دليل عليه و أما فيه فلا بأس باعتباره فان السفيه ممنوع من التصرف المالي فلا أثر لدعواه كما قيل لكن فيه تأمل ربما يظهر وجهه من البحث حول البلوغ.

٢. بلوغه، و لا خلاف في اعتباره كما قيل، و استدل له بالاجماع و دعوى انصراف الادلة عن الطفل، بل و عدم صدق الدعوى على إدعائه فانها انشاء يترتب عليه أحكام و عبارته مسلوبة عنه لاتفاق النص و الفتوى على عدم جواز أمره حتى يبلغ.

---

١. كالجواهر و قضاء الاشتيانى و قضاء الرشتى و القواعد الفقهية و غيرها.

أقول: الاجماع منقول و عدم صدق الدعوى على دعواه ممنوع، اذ لم يثبت اتفاق النص و الفتوى على سلب عبارته بهذا المقدار.

و أما الانصراف فيمكن أن نوجهه بما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله من ان القضاء لاجل فصل الخصومة بين المترافعين غير متحقق في حق غير البالغ لعدم الاعتبار باعترافه و احلافه و حلفه اذا رد عليه، نعم اذا حضر وليه المتمكن من اقامة الدعوى بالبينة و الاحلاف و الحلف أمكن القضاء لكنه لا دليل على وجوب تصدي القضاء في مثله على القاضي.

ثم ذكر وجوب سماع دعوى الطفل في فرض عدم تمكن وليه من اقامة البينة حفظا للنظام فان أقام البينة و الا تؤجل الدعوى حتى يبلغ.[1]

أقول: يمكن أن يقال ان العمدة في المقام هي صحيحة أبيخديجة و صحيحة الحلبي المتقدمتان و عدم شمولهما لدعوى للاطفال واضح لكن في شمول الايات الا مرة بالعدل و القسط كفاية و قد مر نقل بعضها فافهم.

يقول المحقق العراقي في كتاب قضائه[2] بل العمدة عدم سلطنة غير البالغ على مطالبة الحق الثابتة حتى في حال الشك في ثبوت حقيته، و السلطنة على الدعوى من شئون تلك السلطنة و فروعها.

أقول هذا القول غير بين و لا مبين.

فالاظهر عدم اعتبار بلوغه في المقام فلا بد للقاضي من سماع دعواه و احضار من يدعي عليه و تحقيق الحال فان احتيج الى وليه أحضره و الى وكيل نصبه من باب الحسبة، نعم لا يصح حلفه اذا رد عليه و أما حلف منكر دعواه فان قلنا بتوقفه على احلاف المدعي ففي المقام لا يصح لعدم الاعتبار باحلاف الصبي و ان قلنا بعدمه و انه من شأن القاضي بعد ادعاء المدعي و عدم اقامته الدعوى فه معتبر يقطع به الدعوى المذكورة.

---

١. *مباني تكملة المنهاج*، ج ١، ص ٤٣.

٢. ص ١٠٨.

بقى شيء لم يتعرض له أحد من الفقهاء على ما أعلم و هو اعتبار العقل و البلوغ بل و الرشد في الماليات في المدعي عليه، و اثبات بعض المحرمات على المراهق و المميز بغرض تعزيره ليس من الدعوى في شيء بل يرجع الى الشهادة و لا أعلم وجها ظاهرا لسكوتهم عن ذكر اعتبارها في حقه.

و الاقوى عدم اعتبار البلوغ فيه أيضا فاذا أتلف غير البالغ مال أحد فله اقامة الدعوى و طلب الخسارة من ماله بتوسط وليه، نعم لا يتوجه اليه اليمين و ليس له ردها فان أقام المدعي البينة و الا تؤجل الدعوى.

٣. أن يدعي لنفسه أو لمن له حق الدعوى عنه بالولاية و الوكالة و الوصاية فلا تسمع الدعوى من أجنبي بلا خلاف لعدم أثر لها.

أقول: و الصحيح صحة الدعوى اذا كان لمدعيه نحو تعلق كدعوى المرتهن و الودعى و المستعير و الملتقط و أمثالهم اذا ادعوا غصب العين على أحد و كدعوى أحد الورثة أو الشركاء مالا مشتركا على أحد و نحو ذلك، نعم لا تسمع دعوى الاجنبي الذي لا ربط له بالمدعي أو بالدعوى بوجه لما مر من عدم لزوم القضاء من غير طلب صاحب الحق.

مسألة: ٤٣: اذا كان المدعي غير صاحب الحق كالولي و الوصي و نحوهما فله اقامة البينة و احلاف المنكر فان الثابت في الروايات ذلك لعنوان المدعي و ان رد الحلف عليه و كان عالما فحلف ثبت الحق استنادا الى ما دل على ثبوت الحق بحلف المدعي من دون اختصاص له بحلف صاحب الحق كما نسب الى المشهور فلاحظ و تأمل.

و أما اذا لم يحلف فسقطت الدعوى من جانب المدعي و لصاحب الحق تجديدها ان شاء لعدم الدليل على سقوط حقه بعدم حلف و كيله أو وليه مثلا.

مسألة ٤٤: اذا أقام الاجنبي بينة على اثبات أمر رتبت عليها الاثار و ان لغت الدعوى، و ذلك لعموم حجية البينة بالنسبة لكل أحد و لا يشترط اعتبارها بكون مقيمها صاحب الحق أو وليه مثلا، كما لا يشترط بدعوى المدعي خلافا لما حكى عن الشيخ نعم اذا كذبها المدعي سقطت من الاعتبار، فتأمل.

٤. أن تكون الدعوى ممكنة عقلا و عادة و شرعا فلا يسمع دعوى المسلم على غيره خمرا أو خنزيرا و هذا ظاهر.

٥. أن لا يكون للدعوى أثر شرعي فلا تصح دعوى الهبة و الوقف من دون اقباض و كذا دعوى البيع الربوي و الدعوى على عدد غير محصور كان يدعي ما لا على أحد من أهل وطنه و كذا اذا ادعى شيئا و لم يذكر المدعي عليه، نعم يسمعها الشرطة تحفظا على الامن و الفحص عن المجرم. و اعتباره أيضا واضح و أما اذا ادعى على جمع محصور ففيه بحث يأتي.

٦. أن يكون المدعي به معلوما بوجه ما، فلا تسمع دعوى المجهول المطلق كدعوى ان لي عنده شيئا للتردد بين كونه مما تسمع فيه الدعوى و ما لا تسمع فيه.

و نفى صاحب الجواهر[١] الريب فيه، لكن فيه نظر فان احتمال ادعه مالا مالية له مدفوع ببناء العقلاء على عدمه و احتمال ادعاء مالا يملك مدفوع باصالة الصحة، و بالجملة ما لم يثبت بطلان الدعوى يجب على القاضي سماعها عملا بالاطلاق و ان ادعى علم المدعي عليه بالمقدار مثلا فله احلافه و ان شهدت البينة بعلمه حبسه الحاكم حتى يقر و محل الاشكال ما اذا لم تقم البينة على علمه بالمدعي به فبقى مجهولا اذ لا يمكن للقاضي الزام المدعي عليه بشيء اذا لم يتصالحا فأثر سماع دعوى المجهول يظهر في فرض اعتراف المدعى عليه به مع توافقهما على التفسير و في فرض شهادة البينة بعلمه فيحبس حتى يبينه، و في غيرهما لا أثر للدعوى و لعله مراد المشترطين لهذا الشرط و بعبارة واضحة ان فائدة سماع الدعوى هو الالزام بها بعد ثبوتها و هي غير متصورة في الدعوى المجهولة الا اذا فرض لها القدر المتيقن فيلزم بدفعه.

لا يقال في المتباينات يجب الاحتياط ولو بدفع الجميع الى المدعي فانه يقال ليس للحاكم الزام المدعي عليه بهذا الاحتياط بل خلاف الواقع و اضاعة المال على

---

١. ج ٤٠، ص ١٥٠.

مالكه المدعى عليه جزما، و انما الاحتياط وظيفة المكلف نفسه حسب علمه و لعله واضح.

٧. أن تكون الدعوى على نحو الجزم فلا تسمع على نحو الظن أو الاحتمال فان احضار المدعى عليه أو مطالبته بالحلف لا يجوز من دون وجه، و قال سيدنا الاستاذ دام ظله ان قول المدعى عليه مطابق لامارة أو أصل من الاصول العملية، و مقتضى اطلاق الحجية فيها لزوم ترتيب الاثر على المدعي أيضا فلا يجوز له الزام المدعى عليه بشيء.

و استدلّ له أيضا بعدم صدق الدّعوى عليه عرفا فانها الخبر الجازم.

و بأن من لوازم الدعوى الصحيحة امكان ردّ اليمين على المدعي و هو منتف هنا فهذه وجوه أربعة.[1]

لكن عن الايضاح و المجمع و ميل المسالك عدم اشتراط الجزم فيها، و عن بعضهم التفصيل بين ما يعسر الاطلاع عليه كالقتل و السرقة و غيره فتسمع في الاول دون الثاني و عن بعضهم سماعها في موارد التهمة و قيل بالرجوع الى العرف في صدق الدعوى المقبولة و عدمها و قيل بان المدار على ما يتعارف من الخصومة بسببه سواء كان بجزم أو ظن أو احتمال و ان فرض عدم صدق الدعوى عليه لصدق المنازعة و المشاجرة و التحاكم عليه، و لا ريب في صدق الخصومة و المشاجرة مع عدم الجزم فيما يجده الوصي أو الوارث من سندات أو دفتر أو شهادة من لا يوثق بهم أو غير ذلك و هذا القول يشمل القول الرابع فان جميع موارد التهمة عند العرف من الدعوى المقبولة.

أقول: المانع في المقام تارة يلاحظ بالنسبة الى اقدام القاضي و اخرى يلاحظ بالنسبة الى المدعى نفسه.

أما القاضي فالظاهر عدم المانع له من وجوب اقدامه باحضار المدعى عليه و

---

١. *المصدر*، ص١٤٩.

تحقيق الدعوى لانّ الحكم بالقسط و العدل عليه لازم و هو منصوب شرعا للقضاء في موارد التحاكمات و مع احتمال اقرار المدعى عليه أو حلفه لا دليل على تمكنه من ابطال الدعوى و عدم سماعه اياها فتأمل.

أما المدعي فبيان حكم ادعائه جوازا و حظرا موقوف على بيان بعض موارد المقام فنقول:

المورد الاول: ما اذا ادعى من بيده المال تلفه و كان متهما أو لم يكن أمينا فيجوز للمالك الدعوى عليه و أخذ المال منه اذا لم يقم البينة على سرقته مثلا و ان لم يجزم المالك ببطلان قوله و هذا مما يستفاد من الروايات[١].

الثاني: ما اذا ظن أو احتمل ان له على فلان حقا ـ دينا أو عينا ـ من غير ارتكاب محرّم فيجوز الترافع و ان أنكره الطرف الاخر اذا احتمل استناد انكاره الى الغفلة أو النسيان و الّا فيشكل كما يأتي في المورد الثالث.

الثالث: ما اذا ظن أو احتمل ان فلانا أخذ ماله بوجه محرم كالسرقة و الغصب و نحوهما و في مثله لا يجوز اتهام الطرف اذا كان مؤمنا لانّ من اتهم أخاه المؤمن انماث الايمان فى قلبه كما ينماث الملح فى الماء و لما مر من الاصل الدال على برائة الطرف المذكور و الترافع نوع من الاتهام.

نعم اذا كان السكوت حرجيا له لا يحرم دعواه المظنونة فافهم و حينئذ فان أقرّ المدعى عليه او حلف فهو و ان ردّ اليمين عليه لا يجوز له الحلف و هو واضح.

الرابع: ما اذا علم المدعى بثبوت حق له على واحد من جماعة معدودة فقيل بالمنع من الدعوى، و الاظهر جوازه حتى اذا كان على النحو الثالث لمكان علمه باصل المدعى فان أقرّ أحدهم أو حلفوا جميعا أو ثبت برائة غير واحد بعلم أو علمي بعد اقامة البينة فهو و اما اذا ردوا اليمين اليه و حلف ففي توزيع المال على الجميع أو على أحدهم بالقرعة وجهان و كذا اذا أقام البينة و لم يثبت برائة اثنين منهم فصاعدا.

---

١. *الوسائل*، ج١٣، ص٢٧٢.

الخامس: ما اذا ادعى اثنان على أحد بأن لاحدهما عليه حقا فـان أقـرّ أو حلـف فهو و ان ردّ اليمين يحلف كلاهما على طبق دعواهما و اذا ثبت المـال عليـه و أمـره الحاكم بدفعه فالظاهر تعيين المستحق بالقرعة اذا لم يتصالحا.

السادس: ما اذا ادعى ان المال ان كان من جنس كذا فمقداره أو قيمتـه كـذا و ان كان من جنس كذا كان مقداره أو قيمته كذا.

السابع: ان المدعى عليه ان كان فلانا فعليه عشرة و ان كان فلانـا فعليـه عشـرون فعند ثبوت لاحق بالبينة مثلا و عدم اثبات التفصيل يؤخـذ منـه القـدر المتـيقن فـي الموردين فتأمل.

مسألة ٤٥: لا يعتبر في صحة الدعوى الكشف عن الاسباب في الامـلاك و العقـود اجماعا كما قيل لكن في مثل القتل يجب على الحاكم السؤال عنها عن البينة و المقـر من كونه عن عمد أو خطأ و بالجملة اذا أقرّ بجامع لا بد من التحقيق عن تعيين الفـرد من بين الافراد المتفاوتة حكما لبناء العقلاء على ذلك و لا أقل من انه أحوط.

مسألة ٤٦: اذا قطع المدعى عليه دعوى المدعي بدعوى اخـرى لـم تسـمع حتـى يجيب عن الدعوى التي هي أحق من دعواه بالسبق فاذا انتهت الحكومة يستنف هـو دعواه ان شاء.

مسألة ٤٧: الظاهر صحة المصالحة على ترك حق الدعوى بحلف المنكر لانّ الحق قابل للاسقاط و ذكر بعض العلماء فى منعه أشياء هو أعلم بها.[١]

مسألة ٤٨: يصح اقامة الدعوى و القضاء على الغائب بلا خلاف لصحيح جميل من اصحابنا عنهماعليهما السلام: الغائب يقضي عليه اذا قامت عليه البينة و يباع مـا لـه و يقضـى عنه دينه و هو غائب، و يكون الغائب على حجته اذا قدم. قال: و لا يدفع المـال الـى الذى اقام البينة الا بكفلاء[٢] و الظاهر من قوله (اذا قدم) كون الغائب مسافرا أو من بلد آخر و عليه يشكل الحاق الحاضر بالمسافر اذا امكن احضاره خلافا للمنسـوب الـى

---

١. *كتاب القضاء*، للسيد الشيرازى دام ظله، ص٥٨.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص٢١٦.

المشهور المدعى عليه الاجماع، نعم لا يبعد الحاق الحاضر الممتنع أو المتعذر عن الحضور به فتدبر.

نعم نقل عن فتوى الاصحاب انه لا يقضي على الغائب في حقوق الله كالحد المترتب على الزنا و اللواط لان الحدود مبنية على التخفيف و لذا درئت بالشبهة التي يكفي فيها احتمال ان للغائب حجة تفسد الحجة التي قامت عليه فلو قامت البينة على سرقة الغائب يقضي بغرمه دون قطع يده. ثم الظاهر عدم خصوصية في الكفيل حتى يبحث عن كفاية واحد أو أكثر بل المراد التحفظ على مال الغائب المدفوع الى المدعي اذا قدم و أثبت بطلان الدعوى بأي وجه كان. و على كل حال لم يجد صاحب الجواهر قائلا بتعدد الكفلاء و لعلّه لظهور ارادة الجنس منه.[١]

و قيل باشتراط سماع الدعوى على الغائب بعدم اعتراف المدعي ان المدعى عليه معترف بالحق غير منكر لعدم تعارف التحاكم في مثله و لان الخصومة معتبرة في مطلق القضاء لكن اطلاق الصحيح محكم.

مسألة ٤٩: اذا كان الموكل غائبا و طالب وكيله الغريم بأداء ما عليه من حق و ادعى الغريم التسليم الى الموكل أو الابراء فان اقام البينة فهو و الّا فعليه أن يدفعه الى الوكيل و ليس له احلاف الوكيل بعدم التسليم أو الابراء الا في فرض ادعائه علم الوكيل بأحدهما فيجوز له احلافه.

قيل اذا ثبت الحق باقرار الغريم متصلا بدعواه التسليم أو الابراء لا حقّ للوكيل حينئذ في مطالبته حق الموكل لانها لا تعد دعوى اخرى بل هي جزء الدعوى الاولى فيوقف الدعوى و اجيب عنه بأن كلامه و ان كان متصلا الّا انه ينحل الى اقرار و دعوى و الاقرار نفذ في حقه و الدعوى تحتاج الى الاثبات و لا فرق في ذلك بين الوكيل و الموكل ثم انه لا يبعد صحة ما قيل من لزوم التكفيل لو طلبه الدافع لعين ما ذكر في المسألة الماضية.

---

١. *الجواهر*، ج ٤٠، ص٢٠٣.

مسألة ٥٠: يصح الدعوى و القضاء على الميت و لكن لا بد للمدعي بعد اقامة البينة الحلف على بقاء حقه في ذمته بلا خلاف ينقل و العمدة فيه صحيحة الصفار عن العسكري عليه السلام أو تقبل شهادة الوصي على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: نعم من بعد يمين.[١]

اقول: ظاهر هذه الجملة تعلق اليمين بالشاهدين لكن المستفاد من صدر الرواية تعلقه بالمدعي و عليها تحمل صحيحته الاخرى غير المذكورة فيها اليمين؛[٢] فتأمل.

ثم ان مقتضى اطلاق الرواية عدم الفرق بين الدّين و العين و حق الخيار نعم في الجواهر ضبط الرواية هكذا: «شهادة الوصي على الميت بدين» فاستظهر اختصاصها بالدين فقط لكن كلمة «بدين» غير مذكورة في الوسايل.

و يقول السيد الاستاذ ـ دام ظله ـ ان الكلمة مذكورة في نسخة الفقيه دون نسختي الكافي و التهذيب و يرى اختصاص الحكم بفرض الدين فقط فان الظاهر من الرواية حتى على نسختي الكافي و التهذيب كون الدعوى على الميت و الدعوى على العين لا تكون عليه بل هي على الوارث و الميت اجنبي عنها فلو فرضنا ان المدعي يدعي ان العين كانت عارية عند الميت فالميت بموته يكون اجنبيا عن العين و تبطل العارية و يطلبها المدعي من الوارث.

أقول: الظاهر من الوسائل خلو نسخة الفقيه أيضا من الكلمة المذكورة و هذا يكشف عن اختلاف نسخ الفقيه في ضبطها فلم يثبت صدورها من الامام و اما ما ذكره الاستاذ فهو على دقته غير تام لصدق الدعوى على الميت في العين أيضا فاذا قال المدعي ان الميت اخذ مني صندوقا مثلا غصبا أو عارية صدق عرفا انه ادعي على الميت خصوصا اذا لم يكن عالما ببقاء العين في ما تركه، ثم ان ترك الاستفصال يدل على عدم الفرق بين استناد البينة الى اقرار الميت و عدمه حتى مع جهل المدعي و لابدله من يمين.

مسألة ٥١: الظاهر ان اليمين و البينة ـ في دعوى الحق على الميت ـ كلتيهما

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص٢٧٣.

٢. *المصدر*، ج١٣، ص٤٣٨.

معتبرتان في اثبات الحث بحيث لو لم يحلف المدعي لم يثبت حقه و هى غير قابلة لاسقاط ورثة الميت لان اعتباره من الحكم دون الحق فافهم.

مسألة ٥٢: اذا كان المدعي وارث صاحب الحق فهل يكفي حلفه على عدم علمه باستيفاء مورثه او ابرائه ام لا بد من الحلف على عدمهما فلو لم يعلم بعدمهما سقطت الدعوى و لا ينفعه الحلف على عدم العلم فيه وجهان بل قولان اظهرهما الاول للاطلاق.

مسألة ٥٣: اذا كان الدعوى على الميت من ورثة صاحب الحق و كانوا متعددا فقيل بلزوم الحلف على كل واحد بمقدار حلفه فلو حلف بعض و نكل بعض ثبت حق الحالف و سقط حق الناكل و قيل بكفاية يمين واحدة من احدهم على تمام الحق و هذا هو الاظهر بملاحظة صحيحة الصفار المتقدمة.

مسألة ٥٤: اذا أوصى الميت بأن كل من ادعي على مقدارا من المال فادفعوا اليه من تركتي بلا بينة و لا يمين او مع البينة و لا يمين فقيل انه وصيته تنفذ من الثلث، و قيل انه اقرار بالدين في الشق الثاني بشهادة اعتبار البينة و حينئذ ففي سقوط اليمين بالوصية وجهان.[1]

مسألة ٥٥: قال الشهيد الثاني في محكى مسالكه: لو اقر له قبل الموت بمدة لا يمكن فيها للاستيفاء عادة ففى وجوب ضم اليمين الى البينة وجهان من اطلاق النص الشامل لموضع النزاع و قيام الاحتمال و هو ابراؤه منه و قبضه من ماله ولو من بعد الموت و من البناء على الاصل و الظاهر من بقاء الحق و هذا اقوى.

اقول: لا نقبل منه ﷺ هذا الرأي فان الاطلاق مقدم على الاصل و ظاهر الحال نعم يحتمل عدم اعتبار اليمين اذا علم ببقاء الحقبعلى فرض ثبوته ـ الى حين الدعوى الا ان يقال بان اليمين لم يثبت كونها لبقاء الحق فلعلها لثبوته بل هو غير بعيد.

مسألة ٥٦: لو ثبت الحق بغير بينة كاقرار الورثة او علم الحاكم او الشياع المفيد للعلم مثلا فالظاهر عدم اعتبار اليمين و ان احتمل الاستيفاء و الابراء لاختصاص الرواية بفرض قيام البينة فيرجع في غيره الى المطلقات.

---

١. هنا فروع اخر للمقام لكن الابتلاء بها قليل فتركناها.

مسألة ٥٧: اذا شهد رجل و أمرأتان على الميت فالظاهر كفايتها مع يمين المدعي و أما اذا أقام المدعي شاهدا واحدا و حلف فهل يكفي لاثبات الحق ام لا بد له من حلف ثان ام لا يكفي مطلقا فلا يثبت الحق على الميت بشاهد و يمين اصلا فيه وجوه بل اقوال و لعل اوسطها اوسطها.[١]

مسألة ٥٨: الاكثر و المشهور اعتبار انضمام اليمين مع البينة في الدعوى على الصبى و المجنون و الغائب لكن لا دليل معتبر عليها فالصحيح قصر اعتباره في الدعوى على الميت فقط.

مسألة ٥٩: اذا كان على الميت دين و ادعي الدائن ان للميت المذكور في ذمة شخص آخر دينا فان كان الدين مستغرقا رجع الدائن الى المدعي عليه و طالبه بالدين، اذ لاحق للورثة حينئذ على قول[٢] و ما كان للميت على تقدير ثبوته باق على ملكه و ان لم يبعد لزوم السعي على اولياء الميت في اداء الدين اذا توقف على عمل منهم، لان ما تعلق بالميت يتعلق بالورثة بمقتضى الاطلاق المقامي، اذ لو وجب على غيرهم كالحاكم الشرعي او الناس على سبيل الكفاية لوجب البيان و التنبيه فيفهم من عدم البابن تعلق ما يرجع اليه باوليائه فان اقر المدعي عليه بدين الميت على نفسه و بدين المدعي على الميت و علم بالاستغراق وجب اداء دينه لانه صاحب الحق، و ان انكر دينه على الميت فعلى المدعي اقامة البينة مع الحلف و لا يمين على المدعي عليه الا اذا ادعى المدعى علمه بدينه على الميت فيحلف على عدم العلم، و ان اقر بحقه على الميت و لكنه انكر حق الميت على نفسه فان اثبته المدعي فهو و الا يحلف المنكر على نفيه.

و ان لم يكن الدين مستغرقا رجع المدعي الى الورثة فان التركة في الفرض تنتقل اليهم، و الميت انما يملك مقدار الدين على النحو الكلي في المعين فلهم اداء الدين من

---

١. ما افيد فى *مبانى تكملة المنهاج*، ج ١، ص ٢١ فى وجه الاخير غير ظاهر.

٢. منسوب الى القدماء و قيل بانتقال التركة الى الورثة مطلقا فى فرض الدين المستوعب فلاحظ *الجواهر* و غيرها و لعل المحقق الرشتى تعرض له اكثر و اطول من غيره فلاحظ كتاب *قضائه*، ج ١ ص ٣٣٨ -٣٥٣.

اي مال شاءوا فان لم يكن عند الورثة مال للميت فتارة يدعون عدم علمهم بالدين للميت فيجوز للدائن الرجوع الى المديون لجواز استيفاء حقه بأي وجه شاء فان اثبته و الا حلف المدعي عليه.

و للدائن احلاف الورثة اذ ادعي علمهم بالدين في فرض انكارهم و لكن اذا حلفوا لا يسقط حقه بل له الرجوع الى المديون و انما يسقط حق دعواه عليهم و اخرى يعترفون بدين الميت على الاخر المذكور فهو يرجع الى الورثة و هم يرجعون الى المديون فان اعترف او اقاموا بينة فهو و الا يحلف المدعي عليه، ولو عصى الورثة و لم يراجعوا المديون جاز للدائن ان يراجعه لما عرفت. و على الجملة قد يكون على المدعي اقامة بينة واحدة و قد يكون اقامة بينة مع يمينه و قد يجب عليه اقامة بينتين مع يمينه.

مسألة ٦٠: اذا كان المدعي عليه حاضرا او غائبا يمكن احضاره، احضره الحاكم بعد مطالبة المدعي لاجل القضاء بلا خلاف في الاول كائنا من كان، و ان كانت مخدرة لا تخرج باختيارها الى مجالس الرجال على الارجح لضعف المقيد. نعم يجوز لها التوكيل او بعث القاضي وكيلا من قبله الى بيتها.

ثم الممتنع من الحضور يحضرها القاضى بالاجبار كما هو قضية منصب القضاء و اجراء العدالة.

مسألة ٦١: يجب على المدعى عليه اجابة القاضي بالحضور و جواب اسئلته و ان كان شاكا بل عالما بكذب دعوى المدعي و هو من لوازم جعل القضاء له، نعم يستثنى من ذلك ما تقدم في المسألة الواحدة و الاربعين.

مسألة ٦٢: مؤنة حضور المدعي عند القاضي على نفسه بلا اشكال و اما مؤنة احضار المدعي عليه ففي كونه على المدعي او المدعي عليه او من بيت المال وجوه لا يبعد ايكال ذلك الى نظر الحكومة الاسلامية و قانونها ان كانت.

و في فرض عدم وجود الحكومة الاسلامية لا اشكال في عدم تعلقها بالقاضي و في تعلقها باحدهما او بكليهما او بمن لم يكن معوزا او بتعلق مؤنة اخبار دعوة

القاضى بالمدعي و مؤنة المجيء بلمدعي عليه او بتعلق الجميع بالمدعي عليه اذا ابتعد عن القاضي عمدا او اذا لم يمكن القضاء في بلده و بالمدعي اذا امكن القضاء في محل المدعي عليه و اقام الدعوى في بلد آخر وجوه و احتمالات لا اشكال في حسن المصالحة فيها ان امكنت.

مسألة ۶۳: اذا تعذر حضور المدعي عليه لمرض و لمانع اخر فان امكن اقامة الدعوى و القضاء في بيته حضره الحاكم او وكيله او بتوكيله غيره فهو و الا فتؤجل الدعوى ان لم يكن التأجيل ضروريا او حرجيا و الا فيمكن القضاء في غيبته على نحو ما مر لعدم دليل معتبر يدل على اعتبار حضور المدعى عليه حتى في فرض عدم التمكن.

مسألة ۶۴: اذا امتنع المدعى عليه من الحضور عنادا جاز الفضاء غيابا لما مرّ.

مسألة ۶۵: يجوز لصاحب الحق توكيل غيره فى الدعوى الّا اذا كان ضرريا أو حرجيا للمدعى عليه فقط كما يجوز للمدعى عليه أيضا التوكيل اذا لم يصعب معه القضاء و الّا فللمدعى طلب احضار المدعى عليه نفسه.

مسألة ۶۶: اذا كان المدعى عليه غئبا و بعيدا امكن احضاره فهل يجب احضاره بمجرد طلب المدعي أو بعد تثبيت دعواه كاقامة شاهدين يقبل القاضي عدالتهما أو طلبه للحلف بعد اقراره بعدم البيّنة له أو لعدم تمكنه من اقامتها لا اشكال فى عدم وجوبه بمجرد الطلب و انما الكلام فى جوازه لان الاحضار ايذاء و اضرار بالمدعى عليه على الفرض فلا بد له من مبرر و لا يكون مجرد دعوى يحتمل بطلانها و الاحوط هو المنع قبل التثبيت و لذا يشكل احضاره للحلف اذا كانت الدعوى على نحو الاحتمال دون الجزم خصوصا اذا كان حضوره استلزم مشقة كثيرة.

مسألة ۶۷: اذا كان حضور كل من المتنازعين في محل الاخر ضرريا أو حرجيا فالظاهر لزوم احضار المدعى عليه و مراعاة حال المدعى لان اقامة الدعوى بيده و كذا اذا كان الحرج أو الضرر في حضور المدعي فقط و أمّا اذا كان الضرر أو الحرج في حضور المدعى عليه فقط فلا يجب حضوره فلا يجوز للحاكم احضاره بل

للمدعي أن يؤجل دعواه و ان يذهب الى محل المدعى عليه و يقيم الدعوى فتأمل.

مسألة ٦٨: يصح الدعوى على الشهود بانهم شهدوا كذبا و زورا و تصحّ الدعوى على القاضي و ان كان مجتهدا على ما مرّ سابقا فعلى الحاكم أن يحضرهم.

مسألة ٦٩: اذا تمّ بيان الدعوى هل للحاكم مطالبة المدعى عليه بالجواب أم تتوقف على التماس المدعي؟ ذهب جمع الى الاول و جمع الى الثاني.

و الاظهر هو الاول لان طلب الدليل و طلب الجواب و الاحلاف و أمثال ذلك من لوازم منصب القضاء، على انه لا ثمرة للبحث اذ من المعلوم عادة ان العاقل لا يحضر خصمه مجلس القضاء الّا لارادة فصل النزاع و مطالبة المدعى عليه بالجواب.

القول فى آداب مجلس القضاء

في رواية سلمة بن كهل يقول الامام علي عليه السلام لشريح: ثم واس بين المسلمين بوجهك و منطقك و مجلسك حتى لا يطمع قريبك في حيفك، و لا ييأس عدوّك من عدلك... و اياك و التضجر و التأذي في مجلس القضاء الذي أوجب فيه الاجر... و لا تقعد في مجلس القضاء حتى تطعم.[1]

و في رواية عن الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله من ابتلى بالقضاء فلا يقضي و هو غضبان[2] و في رواية فى سندها النوفلي عن الصادق عن أميرالمؤمنين عليهما السلام: من ابتلى بالقضاء فليساوي بينهم في الاشارة و في النظر و في المجلس.

و في رواية عنه عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه و آله نهى أن يضاف خصم الّا و معه خصمه و في صحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام اذا تقدمت مع خصم الى وال أو الى قاض فكن عن يمينه يعني يمين الخصم.

مسألة ٧٠: نسب الى المشهور وجوب التسوية بين الخصوم و ان تفاوتوا في

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص ١٥٥ و الرواية ضعيفة سندا.

٢. *المصدر*، ص ١٥٦ و الرواية ضعيفة سندا.

الشرف و الضعة في السلام و الرّد و الاجلاس و النظر و الكلام و الانصاف و طلاقة الوجه و سائر الاداب و أنواع الاكرام و اذا كان أحدهما غير مسلم يجوز تكريم المسلم زائدا على خصمه بلا خلاف كما قيل.

أقول: الوجوب ممنوع وفاقا لجمع لعدم دليل معتبر عليه و المتيقن حرمة الظلم و التوهين و لكن الاداب المذكورة مهمّة يقبح تركها.

و يعجني هنا رواية صحيحة يحسن ذكرها تنبيها للقضاة قال الباقر عليه السلام فيها:

كان في بني اسرائيل قاض و كان يقضي بالحق فيهم فلما حضره الموت قال لامرأته اذا أنا مت فاغسليني و كفنيني و ضعيني على سريري و غطي وجهي فانك لا ترين سوء فلما مات فعلت ذلك، ثم مكثت بذلك حينا، ثم انها كشفت عن وجهه لتنظر اليه فاذا هي (هو) بدودة تقرض منخره، ففزعت من ذلك فلما كان الليل أتاها في منامها فقال لها: افزعك ما رأيت؟ قالت اجل. فقال لها اما لئن كنت فزعت، ما كان الذي رأيت الا في اخيك فلان اتاني و معه خصم له فلما جلسا الي قلت اللّهُمَّ اجعل الحق له و وجه القضاء على صاحبه فلما اختصما الي كان الحق له و رأيت ذلك بينا في القضاء فوجهت القضاء له على صاحبه فأصابني ما رأيت لموضع هو اي كان مع موافقة الحق.[١]

مسألة ٧١: يجب على القاضي العدل في الحكم كتابا و سنة و اجماعا و عقلا. و من لم يحكم بما انزل الله فأولئك هم الكافرون و الظالمون و الفاسقون.[٢]

مسألة ٧٢: قيل لا يجوز للحاكم أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه و لا أن يهديه لوجوه الحجاج و نحوها مما يستظهر به على خصمه لان شرع ذلك يفتح باب المنازعة و قد نصب لسدها.

يقول صاحب الجواهر في ضمن كلامه بل ان لم يكن اجماع في القاضي امكن

---

١. *المصدر*، ج١٨، ص ١٦٤.

٢. لا يلزم الكفر من مجرد عدم الحكم بل مع الانكار فاذا ثبت عنده ما أنزل الله فلم يقبله و أنكره فهو كافر حسب الرأى السايد.

المناقشة في تحريمه عليه فضلا عن غيره.

اقول الاجماع غير حاصل و التعليل عليل.

مسألة ٧٣: اذا ورد الخصوم مترتبين بدء بالاول فالاول ان لم يفرض في البين اهم شرعا فان وردوا جميعا أو جهل الترتيب و لم يتراضوا بينهم أقرع بينهم فان هذا اقرب الى العدل.

نعم اذا بدء احد الخصمين بالدعوى فهو اولى ولو ابتدرا معا بها سمع من الذي على يمين صاحبه للاجماع المحكى عن السيد و الشيخ[1] و لصحيحة بن سنان المتقدمة و صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر قضى رسول الله أن يقدم صاحب اليمين في المجلس بالكلام.[2]

اقول: الاجماع منقول و صحيحة ابن سنان لا دلالة لها على المطلوب و رواية بن مسلم و ان كانت صريحة من جهة و مجملة من جهة الا انها رغم زعم صاحب الجواهر غير صحيحة لضعف طريق الصدوق الى محمد بن مسلم. فالاحسن تخيير القاضي أو القرعة الا اذا فرض تضرر احدهما بالتأخير.

مسألة ٧٤: لا يجوز للقاضي أن يتعتع الشاهد و هو أن يداخله في اثناء الشهادة بكلام يعدل به عما يريد التلفظ به هداية له الى شيء نافع أو ايقاعا له فيما يضر أو يعقبه بكلام ليجعله تتمة شهادته و ليستدرجه اليه بحيث تصير به الشهادة مسموعة او مردودة بلا خلاف يجده بعضهم لما فيه من تضييع الحق و ترويج الباطل و نحوهما مما هو معلوم الحرمة لغير الحاكم فضلا عنه كما قيل.

ولو تردّد الشاهد في الشهادة لامر عرض له لا يجوز ترغيبه لاقامتها كما لا يجوز تزهيده في اقامتها و ترديده بها بعد فرض جزمه بالمشهود به لما فيه من الامر بالمنكر و النهي عن المعروف و كذا لا يجوز ايقاف عزم الغريم عن الاقرار بالحق لانه

---

١. *الجواهر*، ج ٤٠، ص١٤٧.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص ١٦٠.

ظلم لغريمه.[١]

اقول: كل مداخلة من الحاكم او غيره لتغليب احد الطرفين على الاخر بغرض تضييع الحق أو ترويج الباطل ممنوعة، و اما المداخلة لاثبات الحق و ابطال لباطل المعلومين فلا حرمة لها ما لم يطرء عليها عنوان آخر.

القول فی جواب المدعی علیه

المدعى عليه أما يعترف بما ادعاه المدعي أو ينكر أو يقول لا أدري أو يقول أديت و رددت المال أو يسكت.

مسألة ٧٥: اذا اقر المدعي عليه بالحق يؤخذ به لبناء العقلاء على نفوذ الاقرار على المقر و قد امضاه الشارع كما يدل عليه الروايات[٢] و لا يتوقف نفوذه على حكم الحاكم و انما يتوقف عليه فصل الخصومة و عدم جواز نقضه و عدم جواز الترافع ثانيا و نحو ذلك.

و كذا لا يتوقف حجية البينة على حكمه على الاظهر بل اذا قامت البينة على ملكية مال للمدعى لا يجوز لاحد التصرف فيه بدون اذنه و يجب على المدعى عليه رده اليه و هذا و ان لم يدل عليه صريح رواية لكنه مستفاد من مجموع الروايات ففي الصحيح سئل بريد الصادقعليه‌السلام عن القسامة قالعليه‌السلام: الحقوق كلها البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه الا في الدم خاصة.[٣]

و لا شك في ثبوت الموضوعات الخارجية في غير مورد الدعوى و النزاع بها من دون اعتبار ضم حكم الحاكم معهما كالطهارة و النجاسة و الموت و الحياة و الكرية و غير ذلك فليكن الامر في المقام كذلك.

و لم يقيد في شيء من الروايات حجية البينة و اليمين فضلا عن الاقرار بحكم

---

١. *الجواهر*، ج ٤٠، ص١٢٩.

٢. لاحظ: باب الاقرار و العتق و الوصية و القضاء و الحدود و غيرها من *الوسائل*.

٣. *الوسائل*، ج١٨، ص ١٧١.

الحاكم فيؤخذ المدعى عليه بهما و يجوز للمدعى التقاص من ماله و ان لم يحكم الحاكم بعد.[١]

و الفرق بين البينة و الاقرار هو عدم جواز الزام المدعى عليه في الاول من باب الامر بالمعروف اذا ادعى المدعى كذب البينة و جوازه في الثاني و أما بعد حكم القاضي فيلزم بما شهدت عليه البينة أيضا، ولو بعنوان كونه مقضيابه.

فايدة

يقول المحقق الرشتي رحمه الله في كتاب قضائه ص ١٦٨:

اذا قيل بان البينة يثبت بها الحق قبل الحكم كالاقرار فهل يعتبر فيها ما يعتبر في مستند الحاكم من الشرائط المتفق عليها أو المختلف فيها، فمن الاول ان تكون البينة القائمة على الحق حيا عند تحرير الدعوى، فلا يجوز له الحكم بمقتضى البينة التي ماتت قبل المرافعة.

و ان لا يكون اقامة الشهادة قبل سؤال الحاكم، و من الثاني ان لا يطرء الفسق عليهما ما بين الاقامة و الحكم.

فعلى الاول لا يجوز ترتيبت أثار البينة التي أقامت الشهادة قبل سؤال السامع المرتب و كذا اذا كانا ميتين فانه اذا لم يكن قد رتب الاثار حين سماعها لم يكن له الترتيب بعد الممات على هذا التقدير.

و على الثانى يجوز ترتيب الاثار بمجرد قيام البينة على أي وجه كان، و لا ريب ان مقتضى أدلة البينة عدم مراعاة تلك الشروط رأسا... و حينئذ يشكل الامر في كثير من فروعات هذا القول مثل ما اذا علم الحاكم بالبينة و ماتت قبل المرافعة فانه بمقتضى ما اتفقوا عليه ظاهرا من عدم جواز الحكم بالبينة السابقة ان يكون وظيفة الحاكم حينئذ احلاف المنكر الذي علم بقيام البينة على اشتغال ذمته، و مقتضى القول

---

١. الا أن يقال بأنه لا اطلاق للروايات المذكورة من هذه الجهة لانها سيقت لبيان تعليم كيفية القضاء و ارشاد القضاة فيتوقف نفوذ البينة و اليمين على حكم القاضى لكنه احتمال مرجوح و ان كان قائله عظيم.

بحجية البينة مطلقا من غير انضمام الحكم اليه ان يجوز له ترتيب أثار الاشتغل و هذا أيضا مما يفصح بفساد القول المزبور...

مسألة ٧٦: اذا اعترف المدعى عليه جاز للقاضى الحكم عليه برد الحق و القول بتوقف جواز حكمه أو صحته على طلب المدعي ضعيف جدا لما مر من كونه من مقتضيات منصب القضاء عند العقلاء نعم الا حسن له اصدار الحكم بعد طلب المدعى.

و أما اذا طلب منه عدم اصدار الحكم فالظاهر عدم صحته اذ لا موضوع له.

مسألة ٧٧: يجبر الحكم لمقر بل مطلق المحكوم عليه بالاداء اذا امتنع و ان ماطل حبسه اذا طلبه المدعى بلا خلاف ينقل و ان كان له مال امره ببيعه و ان امتنع باعه القاضي. ففي صحيح غياث... ان عليا كان يحبس في الدين فاذا تبين له حاجة و افلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا.[1]

و في صحيح زرارة عن الباقرعليه السلام: كان علي لا يحبس في الدين الا ثلاثة: الغاصب و من اكل مال اليتيم ظلما و من ائتمن على امانته فذهب بها و ان وجد له شيئا باعه غائبا كان أو شاهدا.[2]

أقول: الظاهر عدم اعتنائهم بالحصر المذكور و بنائهم على اطلاق صحيح غياث و غيره في المقام بل في الجواهر:[3] مضافا الى معلومية بطلان الحصر فيه بالاجماع و غيره.

و على فرض اعتباره يمكن تخصيصه برواية الاصبغ عن أميرالمؤمنينعليه السلام... انه قضى في الرجل يلتوى على غرمائه انه يحبس ثم يؤمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص فان ابى باعه فقسمه بينهم[4] الا ان يحمل على الخائن و الغاصب فتأمل.

و على فرض شموله للممتنع عن اداء مطلق الدين فهو ابطال للحصر لا تخصيص

---

١. *الوسائل*، ج١٣، ص١٤٨.

٢. *المصدر*، ج١٨، ص١٨١.

٣. *المصدر*، ج ٤٠، ص ١٦٥.

٤. *المصدر*، ج١٨، ص١٨٠ و سند الرواية مجهول و ان كان صدورها و صدقها مظنونا راجحا.

له كما لا يخفى.

مسألة ٧٨: الظاهر ان اقدام القاضي بالبيع في فرض امتناعه أو أخذ العين المدعى بها من يده قهرا أو أخذ المثل في المثليات أو القيمة في القيميات من ماله بعد مراعاد مستثنيات الدين مقدم على الحبس لفصل الخصومة و النزاع به دونه، الا ان يحبسه ترغيبا في مباشرته للبيع.

مسألة ٧٩: لو ادعى المقر بل مطلق من ثبت عليه الحق الاعسار فان صدقه المدعى فهو و الا يتبين حاله فان ثبت اعساره أو كانت الحالة السابقة هي الاعسار يخلى سبيله و ينظر لقوله تعالى: «**وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ**»[1] و لصحيح غياث السابق و يجب عليه التكسب الذي لا يهون به لاداء دينه و للقاضي الزامه بالتكسب و بكل امر ينجر الى ادأ دينه ولو وهبه أحد شيئا يجب عليه قبوله مع عدم المهانة في حقه على الاظهر.

و ان ثبت يساره أو كانت الحالة السابقة هي اليسار فان تمكن القاضي من أخذ المال منه ولو قهرا فهو و الا يحبس كما مر.

و ان جهل الامر ان فقيل بتقديم قوله دعوى الاعسار و الاظهر حبسه حتى يتبين افلاسه لاطلاق صحيح غياث السابق بناء على عدم انثلامه بالحصر المتقدم نعم لا بد للحاكم من التبيين حتى لا يخلد في السجن، و اذا لم يتيسر الفحص أو لم يعلم الحال بعد الفحص لا يبعد تخلية سبيله اذا رأى الحاكم الصلاح في ذلك حذرا من التخليد.

مسألة ٨٠: اذا كان المحكوم عليه مريضا يضر به. الحبس أو كانت امرأة يضر بعفتها لم يحبس لعدم اطلاق في صحيح غياث و هذا الحكم يجرى في فرض كل مانع أقوى من تحصيل المال.

مسألة ٨١: اذا انكر المدعى عليه دعوى المدعي فله اقامة البينة أو احلاف المنكر فان لم يعلم علمه القاضي وجوبا لوجوب الارشاد و القضاء.

مسألة ٨٢: لا يصح حلف المنكر من دون اذن المدعي ولو بشاهد الحال و ان أمره

---

١. البقرة(٢): ٢٨.

الحاكم لان الاحلاف حق المدعي فلعله لا يريده في الحال لدليل ما فلا بد من اعادته ان التمسه المدعى. و لا خلاف فى المسألة بل نقل عليه الاتفاق و يدل عليه رواية ابن أبى يعفور الاتية و عن جماعة بل المنسوب الى الاصحاب انه لا يستقل الغريم باليمين من دون اذن الحاكم فلا بد من استناد اليمين الى طلب المدعي و أمر القاضي.[١]

مسألة ٨٣: اذا حلف المنكر سقطت الدعوى فلا يجوز اقامتها ثانية حتى لو ظفر المدعي بعده بمال الغريم لم تحل له المقاصة بلا خلاف فى ذلك كله، و يدل عليه موثقة بن أبى يعفور عن الصادقعليه السلام: اذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لا حق له قبله، ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت له: و ان كان عليه بيّنة عادلة؟ قال: نعم و ان أقام بعد ما يستحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له. و كانت اليمين قد ابطلت كل ما ادّعاه قبله مما قد استحلفه عليه[٢] و لا فرق حسب اطلاق ذيلها بين العين و الدين فلا يجوز للمدعي التصرف فى العين المملوكة له بعد الحلف.[٣] و الاقوى صحة يمينه حتى بعد ردّه اليمين على المدعي و لم يحلف بعد خلافا لجمع.[٤]

مسألة ٨٤: هل يجوز ابراء المالك المنكر عن حقه لبرائة ذمته باطنا فيه

---

١. فيه تأمل يظهر وجهه من اطلاق رواية ابن أبى يعفور الاتية بل صحيحة سليمان بن خالد ظاهرة فى عدم اعتبار حكم القاضى فى نفوذ اليمين قال سألت أباعبد اللهعليه السلام عن رجل وقع عنده مال فكابرنى عليه و حلف ثم وقع له عندى مال آخذه لمكان ما لى الذى أخذه و أجحده و أحلف عليه كما صنع؟ قال ان خانك فلا تخنه و لا تدخل فيما عتبه عليه (*الوسائل*، ج١٢، ص٢٠٣) نعم لا بد من تقييده بصورة وقوع الحف باستحلاف ـ من المالك لموثقة بن أبى يعفور المذكورة فى المتن لكن قولهصلى الله عليه وآله فى صحيحة هشام: انما أقضى بينكم بالبينات و الايمان يدل على توقف النفوذ على القضاء، ولو أخذ باطلاق تلكم الروايات لم يحتج الى انشاء الحكم من القاضى مطلقا و هو كما ترى. الا أن يقال ان الصحيحة تدل على توقف القضاء على البينة و اليمين، لا على توقف اعتبارهما عليه و هذا هو الارجح.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص١٧٩.

٣. يقول الفقيه الرشتىرحمه الله: ثم انه لو ظفر المدعى بالعين على وجه لا يكون فى أخذها اهانة بالحاكم و لم ينجر الى مشاجرة جديدة جاز الاخذ حتى لو قلنا فى مسألة الدين بعدم جواز شئ من التصرفات فحرمة التقاص لا تستلزم حرمة أخذ العين فلاحظ كلامه فى ص٢٠٧و٢٠٨ قضائه.

٤. *الجواهر*، ج ٤٠، ص١٩٠.

اشكال لان الابراء موقوف على الملكية التي ابطلته اليمين حسب اطلاق ذيل الرواية و اشكل من الابراء جواز العتق فتأمل فان الالتزام بهذا في غاية الاشكال بل هو موهن للاطلاق.

مسألة ٨٥: هل يجوز لثالث أن يتملك العين المذكورة بدعوى انه مال لا مالك له اذا علم بكذب الحالف فان الفرض عدم دخولها فى ملكه بالحلف الكاذب و انقطاع صلة المالك الاول عنها باليمين المذكورة فى الدنيا؟ فيه وجهان:

فان قلت لعل الحالف يتوب و يكذّب نفسه فيوصل العين الى مالكها. قلت تكذيب الحالف اذا كان على نحو النقل دون الكشف لا يمنع من جواز التصرف فيها فعلا على ان احتماله مدفوع بالاستصحاب أو نفرض الكلام فيما اذا علم الثالث بقاء الحالف على عناده و كذبه.

فان قلت فعلى هذا لا مانع للحالف أن يتملكه بعد الحلف و ان اثم بظلمه على المالك الاول بابطال ملكيته بحلفه الكاذب؟

قلت المانع منه هو ارتكاز المتشرعة الناشي من مذاق الشرع أولا، و صحيحة هشام المتقدمة ثانيا ففيها: فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئا فانما قطعت له به قطعة من النار[1].

و الحق انه لا اشكال و لا خلاف في وجوب ردّ العين على الحالف الى مالكها و حرمة امساكها ضرورة ان اليمين الكاذبة لا تكون من المملكات بنص صحيحة هشام و غيره من روايات القضاء فضلا عن العمومات و الاطلاقات الاولية فالوجوب المذكور يكشف عن بقاء الملكية المجردة عن جواز التصرفات فيها فهي عين مملوكة لمالكه الحقيقي و لا يجوز لاحد التصرف فيها حتى مالكها بعد حلف المنكر و منه يظهر صحة ابراء المالك عنها بنفع الحالف.

مسألة ٨٦: اذا كذب الحالف نفسه جاز للمدعي مطالبته و اذا امتنع جاز مقاصته من

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص١٦٩.

امواله فتعيد ملكية المدعي ـ على نحو الكشف ظاهرا ـ على العين أو الكلي فيترتب عليه آثارها و يبطل أثر القضاء السابق فيجوز الدعوى و جاز للحاكم سماعها، فان الاقرار يبطل اليمين و قد ادعى عليه الاجماع أيضا و قيل بانصراف موثقة ابن أبي‌يعفور و نظايرها من هذه الصورة. و هذا غير بعيد، و الظاهر عدم اعتبار وقوعه في حضور القاضي.

و يدل عليه صريحا رواية مسمع[1] التي عبر عنها صاحب الجواهر بالمعتبرة و سيدنا الاستاذ بالصحيحة لكن الحق انها ضعيفة لجهالة القاسم بن محمد الجوهري الواقع في سندها و وقوعه في اسناد كامل الزيارات لا يثبت وثاقته أو صداقته كما فصلناه في كتابنا (فوايد رجالية) و قد أبدلنا اسمه ببحوث في علم الرجال عند الطبعة الثانية في هذه الايام مع اضافات هامة و اصلاحات لازمة و لله الحمد.

مسألة ٨٧: لا يتعين على المنكر اليمين بل له ذلك وردها على المدّعي بلا خلاف فيه بل ادعى عليه الاجماع فان حلف المدعي ثبت حقه و ان نكل فقد سقط حقه اجماعا في الجملة بل لا يسمع دعواه في غير ذلك المجلس و ان أقام البينة. ففي صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يدعي و لا بينة له، قال: يستحلفه فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له[2] و في صحيح هشام عن الصادق عليه السلام ترد الايمان على المدعي[3] و في رواية الصدوق باسناده عن ابان عن جميل عن الصادق عليه السلام:

> اذا أقام المدعي البينة فليس عليه يمين و ان لم يقم البينة فرد عليه الذي ادعى عليه اليمين فأبى فلا حقّ له.[4]

أقول: اسناد الصدوق الى ابان بن تغلب ضعيف و الى ابان بن عثمان صحيح و

---

١. *المصدر*، ص ٢١٥.
٢. *المصدر*، ص ١٧٦و١٧٧.
٣. *المصدر*، ص ١٧٦و١٧٧.
٤. *المصدر*.

الظاهر ان الواقع في الرواية هو الثاني لبعد رواية الاول عن جميل و الله العالم.

مسألة ٨٨: اذا كان المدعي غير صاحب الحق كالوصي يدعى مالا ليتيم على اخر أو يدعى على الوارث مالا للخمس أو الزكوة أو غيرها بوصية من الموصى و كالولى و الوكيل لا يجوز له الحلف لان المال للغير الذي لا يثبت بيمين اخر و لذا استثني الاصحاب هؤلاء الذين ليس باصحاب الحق عن رد اليمين اليهم كما في الجواهر.[١]

أقول: ان تم اجماع مفيد للعلم برضى المعصوم او بدليل معتبر عند الكل فهو و الا فلا مانع عندنا لحلف هؤلاء اذا كانوا جازمين فان التعليل المذكور ضعيف بعد اطلاق صحيح هشام و معتبرة جميل المتقدمتين المأخوذ فيهما عنوان المدعى دون صاحب الحق كما في صحيحة محمد بن مسلم المذكورة.

بل استظهر منهم الاتفاق على صحة يمين الوارث مع الشاهد الواحد على اثبات مال الغير - اى المورث - و ان فرض الدين مستوعبا و قيل ببقاء التركة على حكم مال الميت و ادعى السيرة على صحة دعوى المالك و اثبات حقه على العين التي تعلق بها الذكوة و الخمس.

مسألة ٨٩: قد سبق عدم جواز حلف المدعى في دعواه الظنية او الاحتمالية و كذا غير صاحب الحق عند المشهور فهل يسقط دعواهم بعد رد اليمين و عدم الحلف لاطلاق الروايات المتقدمة الشاملة لفرض المانع و عدمه في عدم الحلف و الدالة على بقاء تخيير المنكر بين الحلف و الرد حتى في صورة عدم تمكن المدعى من الحلف كما في المقام و من دعوى انصراف لفظ المدعى و الدعوى في الروايات المذكورة الى الجازم ففي غير الجازم يتعين على المنكر الحلف أو النكول و لا يجوز له الرد.

أقول اذا تم ادعاء الانصراف المذكور لا تجب اليمين على المنكر أيضا لان المنكر حينئذ ليس بمدعى عليه جزما و المأخوذ في أكثر الروايات هو عنوان المدعي عليه

---

١. ج ٤٠، ص١٧٧.

بل و كذا اذا كان العنوان هو المنكر فانه انما يجب عليه الحلف في مقابل دعوى المدعى و المفروض انصرافها الى الجزمية و كذا لا تسمع دعوى غير الجازم اذا قامت البينة لانها على المدعى الجازم لا لغيره فتأمل.

فالاظهر بقاء التخيير بين الثلاثة اليمين و الرد و النكول للمدعى عليه فان حلف فهو و ان رد فسقط الدعوى. بل في المقام تسقط الدعوى على جميع الصور، حلف أو رد أو نكل.

فان قلت: فما فائدة الترافع حينئذ؟ قلت: فائدته احتمال الاعتراف أو الحلف الذي تطييب نفس المدعى لكن يمكن أن نقول بنفى حق المدعى عليه للرد اذ لازمه القضاء بسقوط حق المدعى من دون البينة و اليمين و قد قالﷺ انما اقضى بينكم بالبينات و الايمان ففي الدعوى غير الجازمة لا بد للمدعى عليه اذا لم يعترف ان يحلف ؛ فتأمل.[1]

لكن اذا كان المدعى غير جازم و ادعى المدعى عليه جهله بالحال و لم يكذبه المدعى في دعوى جهله و لا يمكن رد اليمين لان المدعى غير جازم ففيه وجهان تأجيل القضاء أو القضاء على المدعى ان رد المدعى اليمين عليه و على المدعى عليه ان سكت بناء على صحة القضاء بمجرد النكول.

و اذا شهد أحد بحق ميت لا وارث له على أحد فاحضره الحاكم فلا بد له من الاعتراف أو الحلف و لا اظن بأحد يفتى بجواز رد اليمين على الحاكم أو المسلمين مثلا بل ذكر الشيخ و تبعه صاحب الجواهر[2] ان المنكر يحبس حتى يقر أو يحلف لتعذر الرد، و عليه فيمكن القول بسقوط حق رد المنكر في مطلق ما تعذر فيه اليمين على المدعى والله العالم.

مسألة ٩٠: اذا حلف المدعي لا يجوز للمدعى عليه اقامة البينة على الاداء و

---

١. وجهه عدم دلالة لرواية على توقف القضاء على البينة و اليمين مطلقا و عدم تحققه بدونهما كما لا يخفى و لذا يتحقق القضاء فى الترافع الناشى من الاختلاف فى الحكم فقط و لا موضوع للبينة و اليمين بوجه.

٢. ج ٤٠، ص ٢٦٥و ٢٦٦.

الابراء و ذلك لا لاجل ان حلفه بمنزلة اقرار المدعي عليه فيكون المدعى عليه مكذب بينته كما قيل كما انه ليس بمنزلة بنية المدعي، بل لان اليمين المردودة سبب مستقل لاسقاط الدعوي على الاظهر خلافا لجمع جعلوها بمنزلة احدهما و فرعوا عليه فروعا كثيرة كما قيل، نعم لا بد من قبول يمين المدعي لما دل على وجوب الرضاء باليمين مطلقا حلف بها المدعي او المدعي عليه.

كصحيح الحسين بن المختار عن الصادقؑ... لا تحلفوا الا بالله و من حلف بالله فليصدق و من لم يصدق فليس من الله و من حلف له بالله فليرض و من حلف له بالله فلم يرض فليس من الله عز و جل.[1]

و قريب منه صحيح الخزاز بطريق الصدوق في الفقيه فقط[2] و مقتضى اطلاقهما وجوب الرضا بالحلف حتى قبل حكم القاضي.

مسألة ٩١: اذا طلب المدعي بعد رد اليمين اليه المهلة لاقامة البينة او المراجعة الى حسابه مثلا فهل يسقط حقه بمجرد عدم الحلف بعد الرد ام يمهل له بما لا يتضرر به المدعي عليه. و كذا اذا تمكن من اقامة البينة بعد رد اليمين عليه فهل يثبت حقه بها ام لا بد له من الحلف و الا سقطت الدعوى في المسألة اقوال.

و الاقوى قبول بينته و ثبوت حقه بها لاطلاق ما دل على ان البينة على المدعي الدال على ثبوت حقه بها و لا مقيد له، بل لا يبعد لزوم منحه المهلة من قبل القاضي لعدم سقوط دعواه بالاستمهال لعدم دلالة الروايات الثلاث المتقدمة على فورية الحلف بعد الرد عليه بل المفهوم منها عرفا انه اذا ابى ان يحلف او نكل سقط حقه فلا حظ و الله العالم.

مسألة ٩٢: اذا ادعى المدعي بعد رد اليمين انه وكيل لصاحب الحق مثلا فان أمكنه اثبات ذلك لم يرد عليه و الّا حلف المنكر على نفسي ذلك و قضى عليه بالنكول كما قيل. أقول و يمكن أن يقال انه اذا استمهل المدعي لاحضار صاحب الحق بغرض

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص١٥١.

٢. *المصدر*، ص١٥١.

الحلف جاز و صحّ و ان نكل سقطت دعواه.

مسألة ٩٣: اذا سكت المدعى عليه و لم يحلف و لم يرد فهل نكوله هذا بمجرده يوجب القضاء عليه كما نقل عن جمع أو يرد الحاكم اليمين على المدعي فان حلف يثبت حقه و ان امتنع سقط حقه كما حكى عن كثير من القدماء و سائر المتخرين. فيه وجهان.

و استدل للاول بما ورد من ان البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه و التقسيم قاطع للشركة و الرد على المدعي حق المنكر فلا يرد عليه الّا باختياره فاذا سكت فلا ردّ كما ان احلاف المنكر حق المدعي فلا يحلف من دون اختياره.

و بصحيح محمد بن مسلم الوارد فى حلف الاخرس و ان أميرالمؤمنين كتب له اليمين و غسلها و أمره بشربها فامتنع فالزمه الدين من دون الرّد[١] و برواية عبد الرحمن[٢] و بانّ نكوله كنكول المدعي عن اليمين فى القضاء لكن ما في صحيح ابن مسلم قضية في واقعة لا اطلاق له و رواية عبد الرحمن ضعيفة سندا و دلالة و الاخير ليس بدليل و أما الوجه الاول فلا مجال لها بعد صحيح هشام تردا لايمان على المدعي[٣] الظاهر فى لزوم الرد عليه و هو لا يصح الا بفرض الرد من الحاكم بعد رد المنكر أو نكوله.

و ربما استدل له أيضا بخبر عبيد فقيه: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فان لم يفعل فلاحق له[٤] الظاهر فى ثبوت حق المدعى عليه بمجرد نكوله.

لكنه خلافا لجمع ضعيف سندا بالقاسم بن سليمان و قابل للتقييد بصحيح هشام و استدل للثاني أيضا باطلاق ما دلّ على تعلق القضاء بالبينات و الايمان فانه يدل على عدم كفاية النكول و بان الاصل عدم جواز الحكم بالنكول و كيفما كان العمدة فى

---

١. *المصدر*، ص٢٢٢.

٢. *المصدر*، ص١٧٣.

٣. *المصدر*، ج١٧. ص ١٧٦.

٤. *المصدر*، ص ١٧٦.

ترجيح القول الثاني صحيح هشام.

تنبيه

قال الشهيد فى قواعده[١]: لا يحكم بالنكول على الاقوى الّا في عشرة مواضع، ثم ذكر أحد عشر موضعا في أكثرها بحث و اشكال و بعضها يعرف حاله مما في هذه الرسالة.

مسألة ٩٤: اذا قال المدعي عليه أدّيت حقك أو ابرأتني منه يصير مدعى و عليه الاثبات.

مسألأة ٩٥: اذا أجب المدعى عليه بعدم علمه بما يدعيه المدعي ففي الموضوع قولان:

الاول ان هذا الجواب يرجع الى انكار استحقاق المدعي فهو منكر و استظهر هذا من حصر الاصحاب حال المدعى عليه في السكوت و الاعتراف و الانكار و لا يرجع نفي علمه الّا الى الاخير، و حيث لا يمكن له الحلف على البت يحلف على نفى علمه بما يدعي عليه و العمدة في ثبوت الحلف عليه كونه مدعي عليه بالضرورة فيشمله الروايات الدالة على أن اليمين على المدعى عليه[٢] و ليس هو مختصا بعنوان المنكر حتى يقال انه غير منكر.

الثاني: انه يؤخذ الحق منه بمجرد عدم حلفه على البت بناء على صحة القضاء بالنكول أو بعد رد اليمين على المدعي بناء على عدمها و ملخصه انه لا طريق له بعد عدم الاعتراف الا الرّد و جعل هذا القول في محكى الكفاية مقتضى ظاهر كلامهم لكنه نفسه لم يبعد الاكتفاء بالحلف على نفي العلم.

و استدل لهذا القول بان اليمين القاطعة للدعوى بعد القضاء هي اليمين على البت،

---

١. *القاعدة*، ج١، ص٤١٢.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص١٧٠.

و بان اليمين لا بد ان تتعلق بما تتعلق به الدعوى و ليس المقام كذلك لتعلـق الاولـى بعدم العلم و الثاني بثبوت الحق و لا ملازمة بينهما.

نعم لو ادعى علمه بالحق اتجه حلفه بعدم علمه. ورد بان نفي العلم ان رجـع الـى الانكار فتصح به اليمين و الّا لا معنى للرد المختص بالمنكر و حيـث ان جـواز الـرد كالمقطوع فهو منكر و له الرد و الحلف معا.

و على القول الاول يقع البحث في ان مثل هذه اليمين ـ مع كفايتها لقطع الدعوى ـ هل تمنع من اقامة المدعى البينة بعدها أم لا بل المنع المذكور مخصوص باليمين على البت قيل بالاول و قيل بالثاني فللمدعي تعقيب ادعائه باقامة البينة و أخذ المال مثلا بناء على ظهور ما دل على الاسقاط في اليمين التي يكون متعلقها النفـي فـي نفـس الامر و لا أقل من الشك فيبقى عموم ما دلّ على قبولها بحاله.

و ربما يقال بجواز حلفه على نفي الواقع اعتمادا على الاستصـحاب فانـه حجـة شرعية لكن الحلف عليه لاجله مشكل لما ورد من عدم جواز الحلف الّا عـن علـم[١] نعم اذا كان المدعى به عينا انتقلت اليه بناقل شرعي و قلنا بجواز الحلف اعتمادا على اليد جزا حلفه على عدم الثبوت فتأمل.

و أما الاستظهار السابق فهو في محله بالنظر الى معتبرة عبد الله بن يعفور المتقدمة فانها ظاهرة ـ ظهورا قويا ـ في اختصاص الحلف المانع عن اقامة البينة بحلف المنكر دون الجاهل الشاك فلاحظ.

أقول: اما انه يصح منه الحلف فلانه المدعى عليه كما اشير اليه و اما ان حلفه على نفي علمه فلحرمة الحلف على غير العلم و امّا انه المانع عن اقامة البينة بعد ذلك فـان مفروض الكلام في الحلف الذي رضى به المدعي و اذن له و الّا كان لغوا و عبثا كمـا مرّ، و قد مرّ قول الصادق عليه السلام: و من حلف له بالله فليرض و من حلـف لـه بـالله فلـم

---

١. *المصدر*، ج ١٦، ص ١٨٠.

يرض فليس من الله عزّ و جل[1] و لا شك في شموله للمقام.

و أما ان له الرد مع كونه غير منكر فلما مرّ من صحيحي بن مسلم و هشام و غيرهما[2] كل ذلك ان كذبه المدّعى في عدم علمه و الّا فلا معنى ليمينه فتنحل الدعوى من دون بينة و يمين و قيل لا يجوز له حينئذ رد اليمين الى المدعي أيضا لفرض انه لا يمين عليه حتى يرد.

أقول: و الانصاف عدم دلالة صحيحة بن مسلم على تشريع الرد له في الفرض فالعمدة صحيح هشام و في دلالته على المرام تأمل.

مسألة ٩٦: اذا اعتمد المدعي عليه على السكوت فذهب جمع الى ان الحاكم يقول له اما اجبت و اما جعلتك ناكلا و رددت اليمين على المدعي، فان اصر رد اليمين على المدعي و ذهب جماعة الى انه يلزم بالجواب لان السكوت ليس جوابا، و الفرض تعلق حق الدعوى به فان عاند حبس حتى يجيب و قيل يجبر بضرب و توهين مثلا من باب الامر بالمعروف، و قيل بالتخيير بين الحبس و الرد لكن المعروف بين اصحاب هذا القول هو الحبس فقط كما قيل.

أقول: اطلاق قوله‌ﷺ ترد الايمان على المدعي يشمل فرض الجواب بالانكار و امتناعه عن الحلف عنادا أو تعظيما فاذن لا موجب للحبس و نحوه الا اذا رأى الحاكم صلاحا فيه فى بعض الموارد، فالصحيح هو القول الاول.

مسألة ٩٧: اذا قام المدعي الشاهدين و عرف الحاكم عدالتهما فهل يجب عليه سؤال المدعي عليه هل عندك جرح؟ و الحق انه لا دليل عليه خلافا لبعضهم نعم لو ادعي هو جرحهما امهله لاثباته بما لم يتضرر المدعي و قيل لا خلاف بينهم في ان الحاكم ينظره ثلاثا فان لم يثبت قضى عليه، و قيل اذا كان المدعي به يرجع الى القتل و القصاص و الفرج لا بد من امهال مدعي الجرح ولو الى مدة طويلة و في فرض

---

١. *المصدر*، ص١٥١.

٢. *المصدر*، ج١٨، ص١٧٦.

مزاحمتها لضرر المدعي لا بد من ملاحظة الاهم و المهم ولو ادعي اجنبي جرح الشهود لا يلتفت اليه بعد اعتقاد الحاكم بالعدالة.

مسألة ٩٨: لا يجب على المدعي اذا اقام البينة الحلف لانه وظيفة المنكر و التقسيم قاطع للشركة و قد ادعي عليه لاجماع بقسميه و يدل عليه صحيح محمد و غيره.[١]

نعم في الدعوى على الميت تنضم اليمين الى البينة كما سبق تفصيله.

مسألة ٩٩: الظاهر عدم الدليل على جواز حبس المدعي عليه او مطالبته بكفيل او ملازمته قبل اثبات حقه بدعوى هربه و تضييع حق المدعي و ان وعد باقامة البينة كما عن عامة المتأخرين خلافا لجمع.

مسألة ١٠٠: اذا تبين للحاكم كذب البينة او اليمين يجب عليه اعلام ذي الحق و نقض حكمه لئلا يستند تضييع الحق اليه فيكون ظالما[٢] و يجوز لصاحب الحق المقاصة حينئذ ولو قهرا.

مسألة ١٠١: لا يجوز للحاكم الزام المدعي باحضار بينته او اقامة البينة الحاضرة اذله اقامتها و احلاف المنكر و ترك الدعوى.

مسألة ١٠٢: اذا اقام المدعي البينة فليس له احلاف المدعي عليه اذ المستفاد من الروايات اثبات هذين الحقين له على البدل لا على نحو الجمع نعم اذا رضي المنكر بالحلف بعد اسقاط المدعي حقه على تقدير حلفه لا يبعد صحة اليمين.

مسألة ١٠٣: اذا كانت عدالة الشهود مجهولة عند القاضي فهل يجب عليه الفحص عنها اذا احتمل كشف الحال فيه وجهان: من كونه مقدمة القضاء الواجب.

و من انه يتعلق باثبات المدعي به و هو وظيفة المدعى و قد ورد ان البينة على المدعي.

---

١. *المصدر*، ص١٧٧.

٢. لكن فى فرض العلم بعدم وصول الحق الى صاحبه لجهة من الجهات لا يجرى الدليل المذكور.

و كذا اذا جرحها المنكر و طلب من الحاكم تحقيق الحال فانه غير واجب عليه.

مسألة ١٠٤: اذا تبين فسق الشاهدين او احدهما حال الشهادة نقض الحكم بلا خلاف و لا اشكال لفقد الشرط او بعد الحكم صح الحكم بلا خلاف و اشكال لعدم المانع و اما اذا طرء الفسق بعد الشهادة و قبل الحكم فان سرى الشك في عدالتها السابقة و لم يجر الاستصحاب ينقض الحكم كالصورة الاولى و الا ففيه خلاف، المنسوب الى المشهور عدم جواز الحكم بشهادتهما في حقوق الله لدرء الحد بالشبهة و ذهب جمع اليه في حقوق الناس أيضا و قال جمع بجوازه فيها.

و عمدة دليل المنع ان الحكم حينئذ مستند الى شهادة فاسقين لا عادلين و ردّ باستناد الحكم الى شهادة عدلين حين الشهادة و لم يثبت اعتبار بقاء عدالتهما حين الحكم.

و لذا ذهب جمع الى جواز الحكم مطلقا و هو الاظهر.

مسألة ١٠٥: مقتضى القاعدة لزوم بيان السبب في الجرح و التعديل اذا احتمل مخالفة نظر الشاهدين لنظر الحاكم في معنى العدالة و الا فيكفي الاطلاق و عن المشهور ان الجرح لا يثبت الا مفسرا و لا يمكن اتمامه بدليل كما ان قول الجواهر: لما هو المعلوم من طريقة الشارع من حمل عبارة الشاهد على الواقع و ان اختلف الاجتهاد في تشخيصه. ممنوع و العلم غير حاصل لنا.

مسألة ١٠٦: قالوا بعدم جواز الشهادة بالعدالة و الجرح استنادا الى البينة و الاستصحاب و لا الى حسن الظاهر (في العدالة) لاعتبار العلم فيها فلا بد للشاهد من العلم بالعدالة و الجرح نعم يجوز الشهادة بحسن الظاهر و يصح للحاكم قبولها بناء على اثبات العدالة بحسن الظاهر كما انه لا اشكال في جواز اعتماد الحاكم على الاستصحاب و البينة في ترتيب اثار العدالة و الجرح و كذا على حسن الظاهر في ثبوت العدالة.

مسألة ١٠٧: قيل لا يجوز الشهادة بالجرح بمجرد مشاهدة ارتكاب كبيرة اذا لم يعلم انه على وجه المعصية لاحتمال جوازها بمعذرة، أو لاحتمال عدم استلزامها الفسق و ان فرضت الحرمة كما اذا صدرت عن جهل قصور.

مسألة ١٠٨: اذا رضى المحكوم عليه بشهادة فاسقين لا يجوز للحاكم أن يحكم بها لان رضاه لا يوجب تغييرا في موازين القضاء بل لا يجوز حكمه بشهادة شاهدين ادعى المدعى عليه عدالتهما و لكن أخطأهما في الشهادة اذا لم تحرز عنده.

مسألة ١٠٩: لا يشترط في قبول الشهادة معرفة الشاهدين باسمهما و نسبهما بل و تمييزهما فلو شهد جمع يعلم بوجود عدلين فيهم صح الحكم.

مسألة ١١٠: اذا اختلف الشهود بالجرح و التعديل يستعمل الحال فان لم تتعارض البينتان يبني على الثابت فعلا كما اذا استند المعدلة عدالة الشاهدين الى الملكة و الجارحة الى مشاهدة المعصية منهما أو استند الجارحة الى المعصية في السنة الماضية و المعدلة الى التوبة و حصول العدالة الفعلية. و ان تعارضتا كما اذا شهدتا مطلقتين بلا تفصيل أو شهدت الجارحة بفسقهما في مكان خاص في يوم معين و شهدت المعدلة بعد التهما في ذلك الوقت و انهما لم يكونا في ذلك المكان في الوقت المذكور مثلا فتتساقطان و لا تقدم الجارحة على المعدلة لعدم الدليل عليه. فان كان للعدالة أو الفسق حالة سابقة يؤخذ بها.

حكم الشاهد و اليمين

مسألة ١١١: يصح القضاء في الديون بشهادة واحد و يمين المدعي بلا خلاف و اشكال و هذا هو القدر المتيقن[١] من الروايات التي تقسم على ثلاثة أقسام:

الاول ما دل على اختصاص ذلك في الدين كصحيح بن مسلم عن الصادقعليه السلام:

كان رسول اللهصلى الله عليه و آله يجيز في الدين شهادة رجل واحد و يمين صاحب الدين، و لم يجز في الهلال الا شاهدي عدل.[٢]

و كصحيح حماد بن عثمان عنهعليه السلام كان عليعليه السلام يجيز في الدين شهادة رجل و

---

١. بل هو المقطوع فى نفسه كما فى *الجواهر* و قال: بل وافقنا أكثر العامة خلافا لابى حنيفة ج ٤٠، ص٢٦٨.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص١٩٣.

يمين المدعي[١] بل في رواية سليمان... قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بشهادة رجل مع يمين المدعي في الدين وحده لكن الرواية ضعيفة لجهالة سليمان بن قاسم خلافا للاستاذ و من قلده.

نعم في موثقة أبي‌بصير عن الصادق عليه السلام... كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقضي بشاهد واحد و يمين صاحب الحق و ذلك في الدين[٢] أقول: الجملة الاخيرة ليس لها ذاك الظهور في الحصر على ان القسم الثاني ينفيه في العين.

الثاني ما هو صريح في جريانه في العين و هو صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج الطويلة الواردة في قضية درع طلحة.[٣]

الثالث ما يدل على جريانه في مطلق حقوق الناس كالعين و الدين أي كل حق مالي في الذمة بأي سبب كان كالقرض و ثمن المبيع و جميع المعاملات و دية الجنايات و مهر الزوجة و نفقتها و الضمان و الحقوق غير المالية كالنكاح و الطلاق و غيرها كصحيح محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: لو كان الامر الينا أجزنا شهادة الرجل الواحد اذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس، فاما ما كان من حقوق الله عز و جل أو رؤية الهلال فلا.[٤]

و في صحيح منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقضي بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق[٥] و قريب منه معتبرة أبي‌مريم[٦] بل في صحيح حمّاد و غيره: ان رسول الله قضى بشاهد و يمين[٧] لكن اطلاقه محمول على ما سبق ان فرض له اطلاق.

---

١. ص ١٩٥.

٢. ص ١٩٣.

٣. *الوسائل*، ج١٨، ص ١٩٤.

٤. *المصدر*، ص ١٩٥و١٩٦.

٥. *المصدر*، ص١٩٣.

٦. ص ١٩٥.

٧. ص ١٩٣، ١٩٥و١٩٧.

لا اشكال في جريان الحكم في العين و الدين و أما جريانه في مطلق حقوق الناس تأمل من ظهور صحيح محمد بن مسلم فيه و من ذيل موثقة ابى بصير الدال على اختصاصه بالدين الذي رفعنا اليد عنه في العين لصراحة صحيحة بن الحجاج[1] فلاحظ و لا بأس بترجيح ظهور صحيح بن مسلم على الذيل المذكور فانه اظهر منه و ان كان خلاف المشهور فتأمل و الله العالم.

فايدة

قال الاصولى العراقي (ره) في ص ٩٨ كتاب قضائه:

لو ادعى أحد ان هذه الجارية التي في يد غيره ام ولدى فههنا دعاوى اربعة مملوكية الجارية فعلا، و حريتها بعد موتها، و انتساب ولدها اليه، و كونه حرا لا اشكال في ثبوت الدعوى الاولى بالحلف. كما انه لا اشكال أيضا في ثبوت الدعوى الثانية باقراره، كما انه بناء على مبناهم من اختصاص الشاهد و اليمين بالماليات عدم ثبوت الثالثة بهما و أما حرية الولد ففي ثبوتها باليمين المزبورة اشكال...

مسألة ١١٢: هل يعتبر تقديم الشاهد على اليمين كما نسب الى المشهور بل قيل انه لا خلاف فيه بل في كشف اللثام نسبه الى قطع الاصحاب فلو بدء باليمين وقعت لاغية لا بد من اعادتها ام لا؟ لم نجد دليلا على اعتبار تقديمه عليها و المعية الواردة في الاخبار تصدق مع تقديمها و تأخيرها.

مسألة ١١٣: اذا كان المال لجماعة و اقاموا شاهدا واحدا فهل يجب الحلف على كل واحد بحيث لو حلف بعضهم و لم يحلف بعضهم الاخر ثبت حق الحالف دون غيره ام يكفى حلف احدهم لثبوت كل الحق؟ نقل عن المشهور الاول و ان الدعوى تنحل الى دعاوى متعددة و ان كانت واحدة في الظاهر و الاجماع ظاهرا على عدم ثبوت المال بحلف غير مالكه.

---

١. و ما ذكره الشيخ ﷺ في تفسيرها ضعيف فلاحظ: *الجواهر*، ج ٤٠، ص ٢٧٣.

و عن المقدس البغدادي استظهار الثاني ان لم ينعقد اجماع على خلافه.

أقول لعل هذا هو الارجح لاطلاق صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة (مع يمين الخصم في حقوق الناس) و به يضعف الوجه الاول و أما الوجه الثاني فالاظهر اثبات الحق بحلف غيره اذا جمع فيه سائر الشروط خلافا للمشهور لان المأخوذ في بعض الروايات المتقدمة و ان كان عنوان صاحب الحق، لكن في بعضها الاخر عنوان المدعي فلاحظ.

و مما يشهد لضعف الوجهين المذكورين هو صحيح ابن الحجاج المشار اليها سابقا الوارد في موضوع درع طلحة فان الظاهر منها كفاية حلف المدعى و هو غير ورثة طلحة فافهم.

لا يقال: لعل الامام يأخذ الدرع لنفسه أو لبيت المال لا لورثة طلحة فانه يقال هذه احتمال مرجوح لان الامام لم يعامل مع محاربى البصرة هذه المعاملة بل امر جنده برد اموال البغاة اليهم كما في التاريخ. و مع ذلك، الاقدام على مخالفة المشهور بهذا المقدار لا يخلو عن شيء.

ثم ان لبعض أساتذتنا تبعا للعلامة[١] تفصيلا في ما أخذه الحالف قال:

فان كان المدعي به دينا أخذ الحالف حقه و لا يشاركه فيها غيره (من الورثة و الشركاء) فان الدين كلي في الذمة و كل واحد من الورثة يستحق مقدارا منه لو كانت الدعوى صادقة فللحالف أن يأخذ حقه و لا يشاركه فيه غيره و ان كان عينا شاركه في الحصة غيره من الورثة لانها مال مشترك فيه بمقتضى اقراره فيجب عليه رد حصة الاخرين عليهم[٢].

ثم قال الاستاذ: نعم يمكنه أن يتوصل الى أخذ تمام حصته ببيع ما يستحقه من الحصة المشاعة في العين على المدعي أو على غيره فيأخذ تمام الثمن و كذلك الحال

---

١. *الجواهر*، ج ٤٠، ص ٢٨٥.

٢. و يمكن ــ بناء على هذا ــ أن يأخذ الحالف جميع العين اذ كل ما أخذه يجب عليه ايصال حق الاخرين فينقص حقه فيجوز حلفه على وجود حقه فى الباقى و لا أدرى هل يلتزم به هذا القايل أم لا؟.

في دعوى الوصية بالمال لجماعة فانهم اذا أقاموا شاهدا وحدا ثبت حق الحالف منهم دون الممتنع. أقول: و لعله غير بعيد و ذهب صاحب الجواهر الى الحاق الدين بالعين في اشتراك الكل فيما يقبضه الحالف.

مسألة ١١٤: لو كان بين الجماعة المدعين ما لا لمورثهم صغير فالمشهور انه ليس لوليه الحلف لاثبات حقه بل تبقى حصته الى أن يبلغ، و لكن مر آنفا انّه لا مانع من حلف وليه فان اطلاق الروايات يدل على كفاية حلف الولي و الوصي و الوكيل.

مسألة ١١٥: اذا ادعى بعض الورثة في مال مورثه وقفا أو وصية و نحو ذلك و لم يحلف لا يسمع دعواه و يقتسم المال بين الورثة و يجب على المدعي الالتزام بدعواه في حصته تنجيزا لاقراره.

مسألة ١١٦: اذا امتنع بعض الورثة عن الحلف ثم مات قبل حكم الحاكم قيل قام وارثه مقامه فان حلف ثبت الوقف في حصته و الا فلا.

مسألة ١١٧: لو ادعى بعض الورثة ان الميت وقف عليهم دارا مثلا و بعدهم على نسلهم، فان حلف المدعون مع شاهدهم قضى لهم. و اذا انقرضوا معا أو على التعاقب قيل لا بد للبطن الثاني من الحلف و الا كانت الدار ارثا و قيل يكفي حلف البطن الاول[1] و الاول هو الاوجه على مذهب المشهور من اعتبار تعدد الحلف بتعدد المدعين و الثاني هو الانسب الى الارتكازات و لا يمكن الحلف للبطون اللاحقة بل للبطن الثاني غالبا، فيكون هذا دليلا آخر على تأييد ما ذكرنا رجحانه من كفاية حلف الواحد مع الشاهد الواحد لاثبات تمام الحق.

ولو مات أحد الحالفين صرف نصيبه الى الباقين و ان لم يبق الا واحد منهم صرف الكل اليه لاشتراط استحقاق البطن الثاني بانقراض الاولين و لا يحتاج الصرف المذكور الى يمين ثانية حتى على المشهور فانهم أثبتوا استحقاقهم بيمينهم الاولى. و

---

١. *الجواهر*، ج ٤٠، ص ٢٩١و٢٩٧.

ان، امتنع الجميع حكم بالدار المذكورة ميراثا و لكن كان نصيب المدعين لمكان اقرارهم وقفا و اذا ماتوا صرف الى أولادهم وقفا من دون يمين اذ لا منازع لهم في هذه الصورة و الاباء اعترفوا بالوقفية و هذا ظاهر.

و هل يصح حلف أولاد الناكلين على وقف الدار أجمع فيه وجهان مذكوران في المسالك و لكن في الجواهر[١]: الظاهر عدم خلاف محقق في ان للبطن الثاني اليمين مع نكول البطن الاول عنه بناء على تلقيهم من الواقف (لا من البطن الاول) و يكفي في صحة الوقف في حقهم احتمال الاتصال و ان كان هو منقطعا في ظاهر الشرع بمعنى عدم ثبوته للبطن الاول.

ولو حلف بعض المدعين يثبت نصيب الحالف وقفا و كان الباقي مطلقا تقتضي منه الديون و الوصايا و ما فضل يكون ميراثا لكن لا يملكه الحالف حصة لانه يعترف بوقفية الدار و وصول حقه منها اليه و لا المنكر لانها زايدة على حقه بعد حكم الحاكم بوقفية بعض الدار و لا الناكل لعدم ثبوت حق له بنكوله و ان جاز له ما بينه و بين الله بقية حقه من الوقف و عن الشيخ انه يقسم بين المنكرين و الناكلين.

مسألة ١١٨: اطلاق بعض الروايات يدل على شهادة الواحد و اليمين حتى مع التمكن من البينة و لا اقل من الشك و الاصل عدم اعتبار العجز عنها، و سيأتي ما يتعلق به فيما بعد.

مسألة ١١٩: الحالف اذا رجع عن شهادته يضمن نصف المال ظاهرا لان تلفه يستند اليه و يستند النصف الاخر الى اليمين.

مسألة ١٢٠: يثبت الحق بشهادة المرأتين و يمين المدعي كما عن الاكثر خلافا لابن ادريس و العلامة في تحريره[٢] و يدل على المشهور صحيح منصور عن الكاظم عليه السلام: اذا شهد لطالب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز.[٣]

---

١. *المصدر*، ص ٢٩٤.

٢. *المصدر*، ص ٢٧٥.

٣. *الوسائل*، ج١٨، ص١٩٨.

و صحيح الحلبي عن الصادقعليه السلام ان رسول اللهصلى الله عليه وآله اجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله ان حقه لحق.[1]

و في جواز شهادتهن في غير الماليات من حقوق الناس نظر لقصور هاتين المعتبرتين عن الدلالة عليه لاحتمال انصراف الحق في الصحيح الاول الى الدين فتأمل و الظاهر ابتناد المسألة على ما مر من كفاية شهادة الرجل الواحد مع يمين المدعي لاثبات مطلق الدين أو خصوص الدين و العين.

أحكام اليمين

مسألة ١٢١: لا يصح الحلف الّا بالله و أسمائه تعالى بلا خلاف و اشكال لجملة من الروايات ففي صحيح بن مهزيار و صحيح بن مسلم عن الجواد و عن الباقرعليهما السلام... و ليس لخلقه أن يقسموا الّا به. و في صحيح الحلبي عن الصادقعليه السلام لا أرى للرجل أن يحلف الا بالله[2] و أما الحرمة التكليفية ففيها بحث ذكرناه في قسم المحرمات من حدود الشريعة، و مقتضى اطلاق الروايات عدم اعتبار العربية في أسمائه تعالى فيصح بكل لغة كما ان الظاهر صحة القسم باسمائه غير الخاصة اذا قصده الحالف بها للاطلاق.

مسألة ١٢٢: المشهور عدم جواز استحلاف أحد ولو كان كافرا الّا بالله تعالى، و لا يصح بالكتب المنزلة و الرسل و الاماكن المشرفة و نحوها بلا خلاف كما قيل.

و عن الشيخ في المبسوط ان الوثني و الملحد يستحلف بالذي يعبد و يعتقد انه الخالق أو الرازق. و جوّز سيدنا الاستاذ استحلاف الحاكم أهل الكتاب بما يعتقدون و لم يوجب الزامهم بالحلف باسمائه تعالى و نسب الخلاف الى جماعة، و استدل بروايات أربع:

---

١. *المصدر*، ج١٨، ص١٩٨.

٢. *الوسائل*، ج ١٦، ص١٩٠و١٩١.

أولها صحيح مسلم قال سألته عن الاحكام فقال: في كل دين ما يستحلفون.

ثانيتها صحيح محمد بن قيس: قضى علي في من استحلف أهل الكتاب بيمين صبر، ان يستحلفه بكتابه و ملته.

ثالثتها معتبرة السكوني ان أميرالمؤمنينعليه السلام استحلف يهوديا بالتوراة التي انزلت على موسى.

رابعتها صحيح محمد بن مسلم الثاني: سألته عن الاحكام! فقال تجوز على كل دين بما يستحلفون.[1]

أقول: الاولى أخبار عن شرايعهم و ليس فيها بيان حكم، و الثانية قضية في واقعة و مثلها الثالثة على انها ضعيفة سندا بالنوفلي، و العمدة هي الرابعة التي رواها الصدوق لكن يمكن أن نناقشها بانها هي الثانية بعينها التي رواها الشيخ فلمحمد بن مسلم رواية واحدة رواها الشيخ و الصدوق بعبارتين مختلفتين نقلا بالمعنى من بعض الرواة أو من نفسه و حيث لم يتعين عبارة الامام حتى يفهم ان المراد بيان ثبوت الحكم في هذه الشريعة أو أخبار عن الشرايع السابقة فلا يتمسك بالروايتين معا.

و استدل المشهور بروايات معتبرة منها ما مرّ من قولهماعليهما السلام: و ليس لخلقه أن يقسموا الا به و منها صحيح سلمان بن خالد عن الصادقعليه السلام لا يحلف الرجل اليهودي و لا النصراني و لا المجوس بغير الله ان الله عز و جلّ يقول:

فاحكم بينهم بما أنزل الله.[2]

و منها صحيح الحلبي عنهعليه السلام عن أهل الملل يستحلفون؟ فقال: لا تحلفوهم الّا بالله عز و جل.

يقول السيد الاستاذ أن تلك الروايات تقيد اطلاق هذه الروايات لكنها على فرض صحتها سندا و دلالة تعارض هذه الاخبار و لا يمكن حملها على الكراهة بقرينة تلك بدعوى انها ناصة و هذه ظاهرة لان ذيل صحيح سليمان يأبى عن الكراهة و مع

---

١. *المصدر*، ص١٩٧و١٩٨.

٢. *المصدر*، ج ١٦، ص ١٩٦.

فرض التعارض و التساقط يرجع الى اطلاق أدلة القضاء بالايمان المنصرفة الى الايمان المعتبرة عند المسلمين دون مطلقها كما يظهر من الاستذ دام بقائه فلاحظ.

و أما قول المحقق في الشرايع: لو رأى الحاكم احلاف الذمي بما يقتضيه دينه أردع جاز و تبعه غيره فهو مجرد عن الدليل، و لا يجب على المدعى عليه اجابته و لا تكفي الا ردعية لتقييد ما عرفته.

مسألة ١٢٣: اذا كان المنكر كافرا حربيا فقيل يستحلف بالله و قيل انه يستحلف بما يعتقد و ذهب السيد الاستاذ الى عدم استحلافه مطلقا بل عدم جريان أحكام القضاء عليه، فانه لا احترام له مالا و نفسا و انه مهدور الدم و المال فيجوز للمدعي عليه أن يأخذ منه ما شاء من دون حاجة الى اثبات. نعم اذا لم يتمكن المدعي من أخذ ما يدعيه الا بالاستحلاف جاز له استحلافه بكل ما يمتنع من الحلف، مقدمة للتوصل الى الاخذ.

مسألة ١٢٤: لا يجوز للمدعى عليه ان يوكل غيره للحلف لما تقرر في محله من ان مقتضى الاطلاق اعتبار المباشرة و التوكيل انما يجرى في الامور الاعتبارية كالعقود و الايقاعات و في بعض الامور التكوينية التي جرت السيرة عليه كالقبض و الاحياء و نحوهما دون ما لم يدل عليه دليل.

مسألة ١٢٥: اذا علم ان الحالف ورى في حلفه و قصد به شيئا آخر ففي كفايته و عدمها خلاف كما في مباني تكملة المنهاج (ج ١ ص ٢٧) و استظهر الاستاذ عدم الكفاية لصحيح اسماعيل و صحيح صفوان[١] و لا بأس به[٢].

مسألة ١٢٦: المشهور المدعى عليه الاجماع انه لا يستحلف الحاكم احدا الا في مجلس قضائه، بمعنى عدم ارسال احد الى محل المنكر لاحلافه الا مع العذر المانع من الحضور فيستنيب الحاكم من يحلفه في منزله و حيث لا دليل عليه لا مانع منه مطلقا و ربما قيل بعدم جواز استنابة الحاكم للاحلاف حتى في مجلس القاضء و

---

١. *المصدر*، ص١٧٩و ١٨٠.

٢. لاحظ: المسألة المأة و السادسة و الثلاثين.

بحضوره. و اتمامه غير ميسور بدليل الا ان يراد بقوله هذا لغوية الحلف تبرعا من دون اذن الحاكم مطلقا.

مسألة ١٢٧: لو حلف شخص على ان لا يحلف ابدا و لكن توقف اثبات حقه على الحلف جاز له ذلك لنفى الضرر و لانحلال اليمين اذا فرض ترك الحلف مرجوحا كما يدل عليه روايات ذكرناها في بحث الواجبات من حدود الشريعة.

مسألة ١٢٨: حلف الاخرس بالاشارة المفهمة كغيره من عقده أو ايقاعه او اقراره كما هو المشهور. و قيل يكتب صورة اليمين في لوح مثلا و يغسل و يومر بشربه بعد اعلامه فان شربه كان حالفا و ان امتنع الزم الحق.

أقول: و به رواية و هي صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق[١] و الاحوط هو الجمع بين الامرين.

مسألة ١٢٩: يجب ان يكون الحلف على البت سواء كان في فعل نفسه أو فعل غيره و سواء كان في نفي أو اثبات أو على عدم علمه بشيء باختلاف الموارد فقد يعلم بنفي الفعل عن غيره و قد لا يعلم بصدور الفعل عن نفسه لطول المدة أو غلبة النسيان أو كثرة الشغل و نحو ذلك، لانه الظاهر من الروايات و لصحيح هشام عن الصادق عليه السلام: لا يحلف الرجل الاعلى علمه.

مسألة ١٣٠: لا يتوجه اليمين على المنكر في الحدود و لا تسمع الدعوى فيها الا بالبينة و لا خلاف فيه ظاهرا بيننا لمعتبرة غياث... ان أميرالمؤمنين...

لا يستحلف صاحب الحسد و تقرب منها موثقة اسحاق.[٢]

و لا فرق بين كون الحد من حق الله أو من حق الناس كالقذف.

مسألة ١٣١: يحلف المنكر للسرقة مع عدم البينة فيسقط عنه الغرم.

ولو اقام المدعى شاهدا و حلف غرم المنكر و لكنه لا يحد لما مر من عدم ثبوت الحد الا بالبينة أو الاقرار، و الظاهر عدم سقوط الحد بالحلف بمعنى انه اذا قامت

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص٢٢٢.

٢. *المصدر*، ص ٣٣٥و ٣٣٦.

البينة بعده حد فان اليمين لا تذهب الا بحق المدعى دون حق الله تعالى و هكذا فيما اذا ادعى الذمى على مسلم انه شرب خمره.

مسألة ١٣٢: لا خلاف و لا اشكال في انه يكفي مع الانكار الحلف على نفي الاستحقاق و ان كانت الدعوى سببا خاصا لانه ياتي على الدعوى لكونه شاملا لها و لا دليل على عتبار الخصوصية في الجواب بل ظاهر الادلة خلافه بل ربما يكون له غرض في الجواب بذلك فلا يكلف غيره كما في الجواهر.[١]

مسألة ١٣٣: اذا ادعي شخص مالا على ميت فان ادعي علم الوارث به و الوارث ينكره فله احلافه بعدم علمه و لا ترد اليمين على المدعي بدعوى عدم قدرة المنكر على الحلف على عدم الحق فان اليمين الواجبة على المنكر ليست هي اليمين على العدم فقط بل عليه و على نفي العلم باختلاف الموارد نعم اذا نكل اورد على المدعي حلف و اما اذا لم يدع المدعي عليه علمه بالحق فان اثبته بالبينة فهو و الا فلا يتوجه اليمين الى الوارث اذا اظهر جهله بالحال و صدقه المدعي فتطبل الدعوى، و اما اذا لم يصدقه و طلب من الحاكم حلفه ففي وجوب استحلافه نظر من الاطلاقات و من عدم ادعائه علمه. و لعل الاول اظهر.

فلا تسمع الدعوى.

مسألة ١٣٤: نسب بعض علماء العصر[٢] الى كلمات الاصحاب انه لو اقيمت البينة عند حاكم وجب ان يكون الحلف عنده أيضا فلو مات الحاكم أو غاب بعد اقامتها لم يكف تحليف حاكم اخر من دون ان تجدد عنده اقامة البينة و ادعى انه مسلم عند الاصحاب لكنه ان صحت النسبة لا دليل عليه، و استدل هو بامور لم تقنع نفسه.

مسألة ١٣٥: لو ادعى ان له حقا على زيد مات و ترك مالا عند فلان- سواء الوارث و غيره- فيجب على المدعى عليه في فرض عدم الاعتراف، الحلف على

---

١. ج ٤٠، ص٢٤٧و٢٤٨.

٢. كتاب القضاء، للسيد الشيرازى، ص ١٨٥ مفروض المسألة فى الدعوى على الميت فلا يصعب عليك فرض اليمين مع البينة.

عدم علمه بموت زيد او على نفي وجود مال للميت عنده أو على عدم موت زيد فالحلف على كل منه يبطل دعوى المدعى.

مسألة ١٣٦: قيل لا اشكال في حرمة حلف المنكر كاذبا و ان ورى في حلفه بالقلب أو اللسان على وجه لا يسمعه القاضي أو المدعى لاستقلال العقل بقبحه، بل وجود ملاك قبح الكذب المحرم عقلا و نقلا فيه و هو هتك احترام اسم الله تعالي ثم قال قائل هذا القول: و لعل حرمة التورية في الحلف الكاذب و مساواته مع الكذب هو المشهور بين العلماء كما ادعاه الشيخ دام ظله (يريد به ظاهرا الشيخ الانصاري قده) و لا يترتب على مثل هذا اليمين اثر و لا تفصل بها الدعوى.[١]

القول فى احكام القسمة

مسألة ١٣٧: يجب اجابة الشريك في قسمة المال المشترك على شريكه لبناء العقلاء و عدم ردع الشارع اياه ثم القسمة على ثلاثة انواع قسمة افراز فقط و قسمة تعديل و قسمة رد و في الجواهر و متنها:[٢] ان المقسوم مثليا كان أو قيميا عقارا أو غيره متحدا أو متعددا متفقا في الجنس أو مختلفا ان لم يكن فيه ردّ و لا ضرر اجبر الممتنع و تسمى قسمة اجبار و ان تضمنت احدهما لم يجبر، و تسمى قسمة تراض.

و سيأتي ما فيه من الملاحظة و ان القسمة تجبر عليها ما لم يكن فيها ضرر و ان كان فيها رد.

مسألة ١٣٨: نقل عن ظاهر الاكثر حصول تعيين الحق بتراضي الشريكين على القسمة و تخصيص كل واحد من الشركاء بحقه و ان لم تحصل القرعة، لصدق القسمة، و تسلط الناس على اموالهم و ربما يقال باعتبار القرعة في مفهوم القسمة فلا تصدق بدونها فان القسمة تميز الحق عن الاخر و لا مميز له في الشرع غير القرعة. و

---

١. لاحظ: قضاء المحقق الرشتى، ص٣٣٣و ٣٣٤.

٢. ج ٤٠، ص٣٣٩.

في الجواهر: و ظاهر الاساطين من الاصحاب المفروغية من اعتبارها فيها[١] و فيها أيضا: فاصالة بقاء الشركة حينئذ بحالها بعد عدم دليل على الاكتفاء بالرضا معينا.

أقول الحق ما عن الاكثر لصدق القسمة على التخصيص و الافراز المذكور جزما فلا شك في صدق المفهوم حتى يمنع عن التمسك بالاطلاق و العموم ان كانا. لكن الظاهر عدم كثير ثمرة للبحث اذا المهم حصول تعيين حق كل من الشركاء بمجرد تراضيهم و ان لم يصدق عليه القسمة لبناء العقلاء و عدم ردع من جانب الشرع ولو بحصر في ادلة القرعة.

مسألة ١٣٩: هل يكفى مجرد الرضاء السابق في لزوم القسمة و عدم جواز فسخها من طرف واحد ام لا بل هي تقوم بالرضاء حدوثا و بقاء لاصالة بقاء الشركة؟

قال بعض المعاصرين اذا اخذ كل واحد حصته فلا اشكال و لا خلاف في انه لا يحق له ان يفسخ في غير صورة الغبن و نحوه لانه بقبوله كون هذه الحصة له تعين ماله في هذا عرفا و لم يردع منه الشرع، و قد يقال ان الحصة بعد القسمة ماله و لا حق لغيره في ان يأخذه.

أقول: الظاهر انه أشتبه عليه مورد نفى الخلاف و الاشكال في عبارة الجواهر و متنها[٢] و الا فالخلاف محقق حتى مع القرعة كما يأتي فضلا عما اذا خلت القسمة منها، بل لم يكن لنفي الاشكال على نحو الجزم أيضا محلا مناسبا.

و حجته مزيفة أيضا اذ التعين و ان حصل بالرضا الا ان الكلام في كونه علة محدثة فقط أو علة محدثة و مبقية؟ لا دليل على احدهما خصوصا قبل التصرف و التلف بل اصالة بقاء الشركة يؤيد الثاني فتأمل. و على كل لا فرق فيما ذكر بين الاخذ و عدمه بعد القسمة الا ان يدعى جريان بناء العقلاء على اللزوم في فرض الاخذ خصوصا بعد التصرف و الاستعمال فلاحظ.

---

١. *المصدر*، ص٣٣٠.

٢. لاحظها: *المصدر*، ج ٤٠، ص٣٢٨.

و ذهب بعض اساتيذنا الاعلام دام ظله الى انها عقد لازم لاصالة اللزوم في كل عقد و الفسخ يحتاج الى دليل و مع فقده يحكم بلزومه و ان ادعى وقوع الغلط فيها لاصالة الصحة الا اذا اثبته بالبينة، ولو ادعى علم شريكه بوقوع الغلط فله احلافه على عدم العلم اذا انكر.[١]

أقول: لا مناص عما افاده ان ثبت كون القسمة عقدا لكنه مشكل جدا.

مسألة ١٤٠: اذا قسم الشركاء الحق المشترك بالقرعة تلزم القسمة و ان لم نقل انها عقد لازم. و لا يعتبر الرضا بعدها بها خلافا لجماعة من اصحابنا الاعلام (قدهم) و ذلك لظهور ادلتها في اقتضائها التعيين و التمييز فمع حصوله بها لا دليل على زواله و ان كرهه احدهم بل الاصل على خلافه.

مسألة ١٤١: مؤنة القسمة على المتقاسمين لا على خصوص طالب القسمة كما عن أبي‌حنيفة واحد وجهى الشافعية و استدل للاول بأن العمل المحترم قد وقع لهم اجمع فيستحق عوضه ما لم يقصد التبرع به.

و الظاهر انه لا خلاف بينهم في ان اجرة القسام اذا استاجروه في عقد واحد باجرة معينة و لم يعيينوا نصيب كل واحد منهم من الاجرة و كذا لو لم يقدروا اجرة، بالحصص لا بالسوية بل هو المنقول عن أبي‌حنفية و الشافعي و مالك.

اقول هذا فيما اذا زاد العمل بزيادة الحصص واضح و أما في غيره فان تم اجماع او ما ذكره صاحب الجواهر من الوجه فهو و الا فيمكن الذهاب الى توزيع الاجرة بمقدار العمل على الحصص.

ثم الظاهر عدم الفرق في ذلك بين اجرة القسام و سائر مئونات القسمة نعم اذا فرض تعلق الضريبة الحكومية على الرؤس دون الحصص يراعى الرؤوس.

مسألة ١٤٢: اذا كان المال المشترك مستاوي الاجزاء وصفا و قيمة كذوات الامثال

---

١. فى احلاف الشريك كلام كثير للفقهاء فان شئت الاطلاع عليه لاحظ: *الجواهر*، ج ٤٠، ص ٣٦١ - ٣٦٤ و الاصح ما اختاره الاستاذ هنا.

مثل الحبوب و الادهان و نظائرها يجبر الممتنع على القسمة[1] اذا طالبها شريكه بلا اشكال و الظاهر انه لا خلاف فيه أيضا لبناء العقلاء على وجوب اجابة الشريك في ذلك و ليس اتفاق الفقهاء اجماعا تعبد يا كما زعمه غير واحد فأنه من اتفاق العقلاء. هذا اذا طالب قسمة الاعيان المشتركة ولو طاب قسمتها (و كانت اجناسا مختلفة) انواعا بالقيمة ليخص كل شريك بنوع منها لم يجبر الممتنع عليها و كذا اذا طلب احدهما انفراده بسفل الدار او علوها مع امكان قسمة كليهما لكل منهما فلا يجبر المتنع و كذا اذا كانت القسمة ضررية لم يجبر لقاعدة نفى الضرر.

مسألة ١٤٣: لو كان مال احدهما كثيرا و رديئا و مال الاخر قليلا و جيدا فعدلا السهام و اقتسماه فان قلنا ان القسمة بيع او معاوضة لم تجز للربا مع شروطه و ان قلنا انها تعاوض بين مال كل منهما في كل من الحصتين و ان عنوانها التمييز بين الحقين فلا مانع منها لعدم جريان حكم الربا فيه.

الا ان يقال ان اطلاق الروايات الواردة في الربا يشمل المقام أيضا و ان قال صاحب الجواهر انه لا اشكال في صحة القسمة عندنا و لكنى متوقف فيها.

مسألة ١٤٤: اذا كان المال المشترك متفاوت الاجزاء كالاشجار و الظروف و الجواهر و نحوها فان امكن قسمتها بكسرها و تجزئتها من دون ضرر وجب الاجابة لطالب القمسة و يجبر الممتنع عليها لما مرّ و ان استلزم كسرها ضررا كما هو الغالب يعدل السهام بالقيمة كما اذا فرض جنسا يسوى الفا و جنسين يسوى كل واحد منهما خمسمأة فيأخذ أحدهما الاول و ثانيهما الاخرين ولو بالقرعه[2] و قيل لا يجبر الممتنع عليها اصلا و قيل بالتفصيل بين ما يعد شيئا واحدا كالارض فيدخل فيه الاجبار و بين ما لا يعد شيئا واحد كالسيارة و الدار فلا يدخل فيه الاجبار و ما قلنا هو الصحيح.

---

١. تسمى هذه القسمة بقسمة افراز.

٢. هذه القسمة تسمى بقسمة تعديل.

مسألة ١٤٥: لو لم يمكن التعديل الا بالرد كما اذا فرض قيمة الجنس في مفروض المسئلة السابقة بألف و عشرين فيجب على آخذه رد العشرة الى شريكه[1] ففي مثل هذه القسمة هل يجبر الممتنع اولا؟ قيل لا خلاف و لا اشكال في عدم صحة القسمة ما لم يتراضيا معا فأن الضميمة ليست من المال المشترك فلا تستقر الا بالتراضي و لا وجه للجبر عليها، بل لعله كذلك عند العامة أيضا.

بل ذهب بعضهم الى عدم لزومها مع التراضي و القرعة اذا لم يبق الرضا بعدها لانها تتضمن معاوضة و لا يعلم كل واحد من يحصل له العوض فلا يتحقق رضا المعاوضة قبل القرعة.

و على الجملة ان قسمة الرد قسمة و بيع فيعتبر فيه ما يعتبر في مطلق البيع و رد بان ظاهر الجميع كون هذه القسمة فردا من افراد القسمه و ان كان لا اجبار فيها لا أنها قسمة و بيع حتى ان من اعتبر الرضا بعد القرعة فانما يريد الرضا بها قسمة و هو غير الرضا المعتبر في انشاء المعاوضات المعلومة و كانه اشتبه عليهم العوض بالمعاوضة المصطلحة.

أقول: و عليه فالظاهر لزوم القسمة بالقرعة و عدم جواز الامتناع من أحدهما.

ثم الاظهر اجبار الممتنع على القسمة هنا أيضا كالقسمين الاولين لعموم بناء العقلاء كما يظهر من سيدنا الاستاذ أيضا و هو صريح بعض لكن ذهاب المشهور الى خلافه مع انهم من كاملي العقلاء يثبطنا عن الجزم، فليس في المقام اطلاق او عموم لفظي لم نلتفت الى مخالفة المشهور اعتمادا عليه. الا ان يقال ان منعهم من الاجبار ليس لاجل عدم احراز بناء العقلاء و عدم المقتضى له بل لعله لوجود مانع عندهم مثل ان الرد بيع و لا اجبار فيه و نحو ذلك فاذا لم نقبل تلك الموانع نبني على البناء المذكور فلا حظ و تأمل و على كل الاحوط للممتنع اجابة شريكه في طلبه القسمة.

مسألة ١٤٦: لو كان المال المشترك بين شخصين غير قابل للقسمة خارجا و طلب

---

١. هذه القسمة تسمى بقسمة الرد و هى فرد من قسمة التعديل.

احدهما القسمة و لم يتراضيا على ان يتقبله احدهما و يعطى الاخر حصته من القيمة اجبرا البيع و قسم الثمن بينهما و كذا اذا كان قابلا للقسمة و لم يتمكن واحد منهما على الرد كل ذلك لبناء العقلاء و لكن يظهر من صاحب الجواهر المفروغية من عدم الاجبار عليه[١] و لم اعلم له وجه منقع فتأمل فانه اولى بالمنع من المسألة السابقة.

مسألة ١٤٧: اذا كانت القسمة ضررية على كليهما أو على أحدهما فلا يجبر الممتنع لقاعدة لا ضرر نعم اذا رضيا أو رضي المتضرر صحت لتسلط الناس على أموالهم لكن اذا كان الضرر بالغ حد الاسراف لم تجز لحرمته لكنها تكليفية و ان بلغ الى الخروج عن التمول قيل اشكل جوابه الى ذلك لانه سفه.

مسألة ١٤٨: في اللمعة و شرحها: لو طلب أحدهما المهاباة و هي قسمة المنفعة بالاجزاء و الزمان جزا و لم تجب اجابته .. و على تقدير الاجابة لا يلزم الوفاء بها بل يجوز لكل منهما فسخها فلو استوفى أحدهما ففسخ الاخر أو هو كان عليه أجرة حصة الشريك.

مسألة ١٤٩: اذا كان في القسمة ضرر على أحدهما و في عدمها على ثانيهما يمكن الرجوع الى الترجيح بأكثرية الضرر و مع التساوي الى القرعة. هذا كله اذا كان الشركة بفعلهما أو بفعل غيرهما و اما اذا كان بفعل أحدهما فلا بد له من تحمل الضرر مقدّمة لتخليص مال الغير و لا يجري في حق مثله قاعدة نفي الضرر فلاحظ و تأمل.

مسألة ١٥٠: اذا ظهر بعض المال مستحقا للغير بعد القسمة فان كان في حصة أحدهما دون الاخر بطلت القسمة بلا خلاف و لا اشكال لزوال التساوي في الحصتين و ان كان في حصتهما معا فان كانت النسبة متساوية صحت القسمة لعدم موجب لفسادها الا اذا أحدث ضررا في حصة أحدهما خاصة مثل أن يسد طريقه مثلا أو كان الغير ممن يعتبر رضاه في القسمة كما اذا كان أحد الشركاء و لم يعلما به فان القسمة باطلة لعدم حصولها برضى جميع الشركاء و ان لم تكن النسبة متساوية بطلت

---

١. ج ٤، ص٣٤٩.

لعدم التساوي في الحصتين و كذا اذا ظهر في حصة أحدهما عيب. و قيل من دون فرق بين ان يكونا عالمين بالاستحقاق أو جاهلين أو أحدهما جاهلا دون الاخر، فان القسمة مع العلم بالاستحقاق المبطل للتعديل لا تدل على انتقال نصيب أحدهما أو شيء منه الى الاخر انتقالا لازما.

مسألة ١٥١: اذا قسم الورثة تركة الميت بينهم ثم ظهر دين على الميت فان أدى الورثة دينه أو ابراء الدائن أو تبرع به متبرع صحت القسمة لان التركة لهم بلا خلاف و الا فان قلنا ببقاء ملك الميت بمقدار الدين أو الوصية بطلت القسمة لاشتراك التركة بينه و بين الورثة في فرض عدم استيعاب الدين و الّا فهي كلها ملك للميت أو بحكم ملكه و ان قلنا بانتقال التركة حتى مع الدين المستوعب الى الورثة و ملكيتهم كما بنى عليه صاحب الجواهر في كتاب الشركة و غيرها[١] فالقسمة صحيحة و ان بيع نصيب الممتنع منهم من وفائه.

ثم ان الوصية اما بالعين الخارجية فهي تدخل في المسألة السابقة بلا اشكال و اما على الذمة كما اذا قال اعطوا زيدا سيارة و ليس في أمواله سيارة و اما على النحو الكلي في العين كما اذا قال أعطوه سدس أموالي فهي داخلة في ما نحن فيه.

و اما ان قال اجعلوه كأحد فهل هو داخل في المسألة السابقة أو فيما نحن فيه؟ فيه وجهان و الاقرب بطلان القسمة رأسا بدون رضى الموصي اليه في هذا الفرض.

مسألة ١٥٢: قال في محكى القواعد: القسمة لازمة ليس لاحد المتقاسمين فسخها الا مع الاتفاق عليها. و أورد عليه بأن التسلط ليس مشرعا حتى يتحقق القسمة من دون امتزاج أو اختلاط كما لا تتحقق بدونه من دون سبق شركة و ابتداء.

أقول: الظاهر عدم فسخ القسمة اللازمة و الرجوع الى الشركة السابقة بمجرد الاتفاق كعدم حصول الشركة ابتداء بمجرد الاتفاق و بدون سببها، و امّا في القسمة غير اللازمة فالظاهر عود الشركة السابقة بالتوافق.

---

١. لاحظ: من قضاء الميرزا حبيب الله الرشتى ﷺ، ج ١، ص٣٣٨-٣٥٣.

مسألة ١٥٣: نقل عن العلامة و غيره عدم جواز قسمة الدين ولو مع التراضي فما يحصل منه فهو بينهما و ما يتوى فهو عليهما، و يدل عليه روايات:

منها رواية عبد الله بن سنان سئل الصادقﷺ عن رجلين بينهما مال، منه دين و منه عين فاقتسما العين و الدين، فتوى الذي كان لاحدهما من الدين أو بعضه و خرج الذي للاخر أيرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله[١].

و منها صحيحة غياث عن الصادق عن أبيه عن أميرالمؤمنينﷺ عن رجلين بينهما مال منه بايديهما، و منه غئب عنهما فاقتسما الذي بايديهما، و احال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقتضى احدهما و لم يقتض الاخر، قال ما اقتضى احدهما فهو بينهما و ما يذهب بينهما.[٢]

و منها صحيحة سليمان بن خالد قال: سألت أباعبد اللهﷺ عن رجلين كان لهما مال بايديهما و منه متفرق عنهما فاقتسما بالسوية ما كان في ايديهما، و ما كان غائبا فهلك نصيب احدهما مما كان غائبا و استوفى الاخر، عليه ان يرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله[٣].

و في صحيح على عن أخيه الكاظمﷺ قال سألته عن رجلين اشتركا في السلم أيصلح لهما ان يقتسما قبل ان يقبضا؟ قال: لا بأس به.[٤]

أقول: رواية بن سنان لاجل محمد بن زياد بن عيسى غير قوية سندا لكن المتوسطين تفصيلتان بين المال الحاضر و الغائب و اطلاقهما يدل على فتوى العلامة و مدلولتهما بطلان القسمة مطلقا اذا وجد النقص في نصيب احدهما بعد القسمة في العين و الدين فضلا عما اذا ظهر و تبين و لا ادري رأي الاصحاب فيه، لكن لا عذر في ترك العمل بهما، و أما الاخيرة فهي تدل على مجرد صحة القسمة قبل

---

١. *الوسائل*، ج١٣، ص ١٨٠.
٢. *المصدر*، ص١٧٩و ١٥٩.
٣. *المصدر*، ص ١١٦.
٤. *المصدر*، ص١١٧.

القبض و لا نظارة لها الى فرض طروء النقص أو ظهوره بعدها كما لا يخفى فلاحظ.

القول فى القرعة

مسألة ١٥٤: استدل على ثبوت القرعة بالادلة الاربعة:

فمن القرآن قوله تعالى: «**إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ**».[١]

و قوله تعالى «**فَساهَمَ فَكانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ**».[٢]

أقول: الاية الاولى و ان دلت على مشروعيتها اذ من الملقين زكرياءعليه السلام لكن سحبها في الشريعة الاسلامية فاقد للدليل كما تقرر في محله، و الاية الثانية لا تدل على اصل المشروعية في ذلك الدين أيضا لان المحتمل ولو بقرينة صحيح جميل المذكور في تفسير البرهان ان فاعل المساهمه هم أهل السفينة و لا حجية في فعلهم و الحكاية لا تدل على الامضاء الا بمعونة بعض الروايات الاتية فيكون الاستدلال بها لكن ظاهر الاية ان فاعل المساهمة هو يونس (ع).

و أما الاجماع المدعى ففيه انه مستند الى الروايات فلا يكون تعبديا جزما.

و أما العقل ففسر بعضهم ببناء العقلاء على استعمالها في موارد الجهل و الاشكال و لكن ثبوته بنحو يكون عدم ردع الشارع عنه امضاء محل تامل بل منع.

فالعمدة هي الروايات[٣] المعتبرة سندا اذ لا عبرة بالضعاف و لا يعتمد عليه في استنباط الاحكام الشرعية و هي على قسمين خامة و عامة، و أما الخصة فاليك اكثرها:

الف) صحيح الحلبي عن الصادقعليه السلام: اذا وقع الحر و العبد و المشرك على امرأة في طهر واحد و ادعوا الولد اقرع بينهم و كان للذي يقرع.[٤]

---

١. آل عمران(٣): ٤٤.

٢. الصافات(٣٧): ١٤١.

٣. ادعى بعضهم تواترها.

٤. *الوسائل*، ج١٨، ص١٨٧ لكن اذا قدر الطب الحديث على تشخيص اب الولد بمعائنة دمهما و غير ذلك لا تصل النوبة الى القرعة.

مورد القرعة في هذه الرواية من الموضوعات الخارجية التي لها واقع مجهول ولو لا القرعة لم يكن للقاضي طريق الى قطع النزاع من امارة او اصل و غاية لامر تخييره في الحاق الولد باحدهم في فرض حلف الجميع او نكولهم و هو ليس من الاصول العملية.[١]

فالقرعة نفت احتماله و نفت الحالق الولد بالحالف الواحد في فرض نكول غيره لو فرض للحلف وجه معقول.

ب) و مثله صحيح أبي‌بصير عن الباقر عليه السلام... فقال (علي عليه السلام) يا رسول الله اتاني قوم قد تبايعوا جارية فوطأها جميعهم في طهر واحد، فولدت غلاما فاحتجوا فيه كلهم يدعيه فاسهمت بينهم فجعلته الذي خرج سهمه و ضمنته نصيبهم فقال رسول الله صلى الله عليه وآله ليس من قوم تقارعوا...[٢] و لا مجال للحلف فيه لتحقق وطء الجميع في طهر واحد و معه لا سبيل لتعلق علمهم بكون النطفة منه.

ثم ان الصحيح الاول[٣] ظاهر في ان ولد الزنا ولد كولد النكاح اذ لو كان كالاجنبي لم يكن للقرعة مورد و لا ثمرة له فوجوب النفقة و المحرمية و حرمة التزوج و نحو ذلك ثابتة لمطلق من يتولد من الشخص، و هو ولد لغة و عرفا بل و شرعا بهذه الرواية و امثالها و نفي بعض الاثار كالارث من ولد الزنا لا يوجب نفي ولديته كما توهم كيف و لا اظن باحد ان يجوز تزويج انثى متولدة من رجل زنى بامها، بدعوى انها ليست بينته بل هي اجنبية و كذا تزويج الام الزانية بابنها.[٤]

---

١. بناء على تفسير التخيير الذى هو من الاصول العملية بدوران الامر بين الوجوب و الحرمة. و اعلم ان التخيير أما تعبدى يثبت بكلمة أو و نحوها كصل او تصدق و اما عقلى كالتخيير فى ايجاد الطبعية فى ضمن افرادها الطولية و العرضية و كالتخيير فى دوران الا بين المحذورين.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص١٨٨.

٣. لان الصحيح الثانى قضية فى واقعة فلعل الوطء فيها وطء شبهة.

٤. و فى *الشرائع و الجواهر* ان ولد الزنا لا يلحق بالزانى بل بزوجها ان كان لها زوج، و حمل الروايات على الوطء بشبهة و فيها: فمذهبنا الرجوع الى القرعة سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين او عبدين او حرين او مختلفين فى الاسلام و الكفر و الحرية و الرق او ابا او ابنه. ثم قال: ولو علم سبق احدهما على الاخر فى الوطء ففى الحاقه بالاخير أو بالقرعة أيضا بحث مر فى كتاب النكاح كما مر البحث فى حكم وطء الثانى بعد تخلل الحيضة بينه و بين وطء الاول ... *الجواهر*، ج ٤٠، ص ٥١٦و٥١٧.

و على كل مورد القرعة في هذين الصحيحين هي صورة التنازع فيكـون الاقـراع من وظيفة القاضي لا محالة و هذا بخلاف الروايات الاربع الاتية اذ لـم يفـرض فيهـا النزاع فالاقراع وظيفة المكلف نفسه كالمالك و الوصي.

ج) صحيح ابراهيم عن الصادقعليه السلام في رجل قـال اول مملـوك املكـه فهـو حـر فورث ثلاثة، قال يقرع بينهم فمن اصابه القرعة اعتق، قال و القرعة سنة.[١]

د) و مثله صحيح الحلبي: لكن فيه: فورث سبعة جميعاً.[٢]

ه) صحيح محمد بن مسلم قال سألت أباجعفرعليه السلام عن رجل يكون له المملوكـون فيوصى بعتق ثلثهم قال: كان عليعليه السلام يسهم بينهم.[٣]

و) و مثله صحيحه الاخر عن الصادقعليه السلام أو هو هو.[٤]

مورد القرعة في هذه الروايت الاربع موضوع خارجي لا واقع له فما عـن بعـض الفقهاء من تخصيصها بماله واقع مجهول غير قوي سيما بملاحظة قولهعليه السلام في صحيح ابراهيم القرعة سنة.

ثم انه لو لا القرعة لحكم العقل في فـرض الوصـية - مـورد الخبـرين الاخيـرين - بالتخيير كحكمه به فى افراد كل كلـى. فهـي لا تنـافي الاصـول العمليـة بـل اسـتفادة وجوب القرعة منهما و نفى تخييـر الوصـى مشـكل لان العمـل لا يـدل علـى اللـزوم و الحصر.

و في مورد النذر لزم الرجوع الى قصد الناذر فان كان مراده الواحد بشرط اللام لم يجب عليه العتق في مفروض السؤال لتملكه أكثر من واحد و ان كان مـراده الواحـد اللا بشرط ليكون مراده من نذره عتق المملوك في التملك الاول كما هو المستفاد من

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص١٨٧.

٢. *المصدر*، ج١٨، ص١٩٠.

٣. *المصدر*، ص١٩١.

٤. *المصدر*، ص١٨٨.

جواب الامام في الخبرين[1] فهو مخير في عتق ايهم شاء تخييرا عقليا مطردا في جميع الكليات بايجادها في ضمن اي فرد شاء المكلف.

ز) الروايات المتعددة الدالة على اقراع الحاكم في تعيين من يحلف حتى يقضى له في فرض تعارض البينتين اللتين اقامهما المتنازعان و ننقل هنا احديهما و هي صحيحة عبد الرحمن عليه السلام عن الصادق قال: كان علي عليه السلام اذا اتاه رجلان (يختصمان) بشهود عدلهم سواء و عددهم اقرع بينهم على ايهما تصير اليمين...

ثم يجعل الحق للذي يصير عليه اليمين اذا حلف.[2]

ولو لا القرعة احتمل تقسيم المدعى به بناء على قاعدة العدل و الانصاف و سيأتي مزيد بحث فيه.

ح) في صحيح حريز عن احدهما عليهما السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام باليمين في قوم انهدمت عليهم دار لهم فبقى صبيان احدهما مملوك و الاخر حرفا سهم بينهما فخرج السهم على احدهما فجعل المال له و اعتق الاخر.

هكذا في الجزء السابع عشر من الوسائل في كتاب الميراث ص ٥٩٢ و لكن في الجزء الثامن عشر في كتاب القضاء ص ١٨٩: عن حريز عمن أخبره عن أبي عبد الله فيكون الخبر ضعيفا مرسلا.

و يظهر من محشى الوسائل ان الاول منقول من ص ٣٦٢ ج ٩ تهذيب الاحكام و الثاني منقول من ص ٢٣٩ ج ٦ منه و في صحيح حماد عن الحسين بن المختار عن الصادق في مثل القضية: ليس كذلك و لكن يقرع بينهما فمن اصابته القرعة فهو الحر و يعتق هذا فيجعل مولى له[3].

---

١. و يحتمل غفلة الناذر عن الحالتين و بناء الامام على الوجه الثاني للظهور العرفي و تغليبا لجانب العتق فلاحظ.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص١٨٣.

٣. *المصدر*، ج١٧، ص٥٩٣.

لكن في موضع اخر من الوسائل:[١] عن حماد عن المختار فتصبح الرواية مجهولة و لكن لا يبعد اشتباه الاخير الا ان في الحسين بن المختار كلا ما ذكرناه في كتابنا فوايد رجالية (بحوث في علم الرجال).

و في رواية ابن مسلم عن احدهماؑ: يسهم عليهما ثلاثا ولاءا يعنى ثلاث مرات فايهما اصابه السهم ورث من الاخر[٢] لكن في السند الحسن بن ايوب و هو مجهول.

ط) صحيح الفضيل بن يسار قال سألت أباعبد الله عن مولود ليس له ما للرجال و لا له ما للنساء قال يقرع عليه الامام او المقرع يكتب على سهم عبد الله و على سهم امة الله ... ثم تجال السهام على ما خرج ورث عليه[٣] و مثله غيره. و هذا هو المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمه، بل عن السرائر و ظاهر الغنية و التنقيح الاجماع عليه.[٤]

ى) صحيح محمد بن عيسى عن الرجلؑ انه سئل عن رجل نظر الى راع نزا على شاة، قال: ان عرفها ذبحها و احرقها، و ان لم يعرفها قسمها نصفين أبدا حتى يقع السهم بها فتذبح و تحرق و قد نجت سائرها.[٥]

مورد القرعة الشبهة المقرونة بالعلم الاجمالي الموجب للاحتياط لو لا الرواية و لا يصح التعدي عنه الى سائر موارد العلم الاجمالي جزما و ان عسر الاحتياط او كان ضرريا كما اذا علم بنجاسة احد الظروف العشرة التي فيها مايعات غلية القيمة حسب الرأي السائد الفقهي، رغم صحة جريان نفي الضرر فيه. لكن الفقهاء لم يقولوا فيها بالقرعة و لم ينفوا وجوب الاحتياط في موارد الضرر بالضرر و اما الاخبار العامة فاليك ما وقفت عليه عاجلا.

١. ما تقدم من ذيل صحيح الحلبي السابق عن الصادقؑ: و القرعة سنة. هذه

---

١. *المصدر*، ج١٨، ص١٨٨.

٢. *المصدر*، ج١٧، ص٥٩٣.

٣. *المصدر*، ص٥٨٠.

٤. *الجواهر*، ج٣٩، ص ٢٩٥.

٥. *الوسائل*، ج ١٦، ص ٤٣٦.

الرواية تثبت مشروعية القرعة في مالا واقع له فى فرض التنازع أو مطلقا.

٢. صحيح زرارة... انما جاء الحديث بأنه ليس من قوم فوضوا امرهم الى الله ثم اقترعوا الاخرج سهم المحق.[١]

٣. قول رسول الله ﷺ في صحيح أبي‌بصير السابق عن الباقر عليه السلام ليس من قوم تقارعوا ثم فوضوا امرهم الى الله الا خرج سهم المحق.

٤. ما رواه الصدوق باسناده عن محمد بن حكيم قال سألت أباالحسن عن شيء فقال لي: كل مجهول ففيه القرعة. قلت له ان القرعة تخطيء و تصيب قال: كل ما حكم الله به فليس بمخطئ.[٢]

أقول: الاسناد صحيح و محمد بن حكيم يمكن اثبات حسنه ببعض الروايات المعتبرة فتدبر. و قال الشهيد (ره) فى القواعد و الفوايد:[٣] ثبت عندنا قولهم عليهم السلام: كل امر مجهول فيه القرعة. اقول و هذا يؤيد هذا الحديث الا ان يفرض ان نظر الشهيد في قوله هذا الى مجموع الروايات و المستفاد منها لكنه خلاف الظاهر و ان كان مناسبا باللاعتبار.

٥. صحيح منصور بن حازم قال سأل بعض اصحابنا أباعبد الله عليه السلام عن مسألة، فقال هذه تخرج في القرعة ثم قال: فأي قضية اعدل من القرعة اذا فوضوا امرهم الى الله عز و جل أليس الله قول: فساهم فكان من المدحضين [٤] قيل ان القرعة.

في مورد الاية كان له واقع، فان الحوت انما كان يطلب خصوص يونس عليه السلام فلا تعم الرواية ما ليس له واقع، و لكن السيد الاستلذ دفعه بان ذلك لم يكن معلوما لاهل السفينة و الا اخذوا يونس و القوه في البحر بلا قرعة، نعم ان أهل السفينة اعتقدوا ان الحوت انما يطلب شخصا لا بعينه فاقترعوا بينهم لتعيين من يختاروا فالقرعة انما

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص١٨٨.

٢. *المصدر*، ج١٨، ص١٨٩.

٣. القاعدة (٢١٣)، ج٢، ص١٨٣، الطبعة الجديدة بقم.

٤. *الوسائل*، ج١٨، ص١٩١.

كانت لتعيين ما ليس له واقع و الامام استدل بالاية المباركة على مشروعية القرعة في مثل هذا المورد.

أقول: ما افاده مخالف لصحيح جميل عن الصادقؑ ففيه... فلما توسطوا البحر بعث الله حوتا عظيما فحبس عليهم السفينة من قدامها فنظر اليه يونس ففزع منه و صار الى مؤخر السفينة فدار الحوت اليه و فتح فاه فخرج أهل السفينة فقالوا فينا عاص فتساهموا فخرج لهم يونس.... [١]

و الحق ان الرواية مطلقة و الاستشهاد بالاية في ذيلها لا يكون قرينة على تخصيصها بماله واقع مجهول فانه لمجرد بيان المشروعية ظاهرا.

٦. صحيح بن مسكان عن اسحق العزرمي (المرادي) الذي لم يثبت حسنه في الرجال عن الصادقؑ: و أي قضية اعدل من قضية يجال عليها السهام ان الله تبارك و تعالى يقول فساهم فكان من المدحضين. [٢]

و قريب منه صحيح ثعلبة عن بعض اصحابنا عنهؑ و رواية بن مسكان. [٣]

مسألة ١٥٥: الظاهر جواز التعدي من الروايات الخاصة الى خصوص اختيار الفرد من بين أفرد الكليّ المعلوم حكمه لعدم احتمال خصوصية في الموارد المنصوصة حسب بناء العقلاء و متفاهم العرف و الامر سهل بعد وجود الغمومات، نعم لا يمكن التعدي الى ترجيح احدى الحجتين المتعارضتين على الاخرى بالاقراع و لا بد من الاقتصار على مورد النص كما سيأتي تفصيله في المباحث الاتية:

مسألة ١٥٦: كما تجرى القرعة فيما له واقع مجهول تجري فيما ليس له واقع لاطلاق صحاح زرارة و أبيبصير و منصور. و يؤيده أو يدل عليه بعض الروايات لخاصة المتقدمة الواردة في خصوص ما لم يكن له واقع. و كما تجري في التنازع تجري في غيره للاطلاق.

---

١. *تفسير البرهان*، ج ٤، ص ٣٥و ٣٦.

٢. *الوسائل*، ج١٧، ص٥٧٩.

٣. *المصدر*، ص ٥٨٠و ٥٨١.

مسألة ١٥٧: يظهر من صاحب الجواهر في بعض الفروع[١] ان محل القرعة انما هو فيما يقتضي انحصار الحق في أهل النزاع و التخاصم كي يستخرج بالقرعة و أما اذا احتمل كونه لغيرهم فلا محل لها. فاذا تنازعا في مال ليس لواحد منهما يد عليه أو هو في يد ثالث يدعيه جهله به و يقول لا أدري لمن هو و لا بينة لاحدهما، يحكم بالتنصيف بحلفهما و لا مجال للقرعة لاحتمال كون المدعى به لغيرهما. و لكن ذهب جمع الى القرعة فيه أما لاجل عدم اعتبار هذا الشرط أو كفاية مجرد الدعوى أو مع الحلف لاثباته.

قلت: الروايات الخاصة كله وردت في مورد انحصار الحق فيمن يقرع لهم أو عليهم و لا دلالة للروايات العامة على أزيد منها ظاهرا فاعتبار هذا الشرط حسن و مجرد دعواهما ا لملكية لا تكفي لاثبات الانحصار عند الحاكم و اثباته بالحلف المتقدم على القرعة أو المتأخر عنها محل نظر أو منع.

مسألة ١٥٨: المستفاد من جملة (ثم فوّضوا أمرهم الى الله) اعتبار رضى المتنازعين بها لكن الاظهر عدمه كما يظهر من رواية حريز بل المعتبر تفويض المقرع أو المقرعين أمرهم الى الله سبحانه و تعالى.

مسألة ١٥٩: ظاهر الروايات ان القرعة تكشف عن الواقع و سبب حجيتها هي كشفيتها فتكون امارة و دليلا لا أصلا عمليا.

نعم لا بد من توجيه ما في آخر رواية ابن الحكيم و تأويله ضرورة ان القرعة غير مفيدة للقطع بالواقع و لعل المراد نفي الخطأ في جعلها حجة و ان الله لا يأمر بشيء فاقد للمصلحة و ان شئت فقل انه نفي خطأ نوعي. و عليه فاذا تبيّن الواقع بعد القرعة بالعلم يعمل به و تترك القرعة حتى على قول المصوبة لبطلان التصويب في الموضوعات فافهم، و كذا اذا ق امت البينة على خلافها فانها تجعل المجهول معلوما و تبيّن المحق فلا معنى لبقاء تفويض الامر اليه تعالى بالقرعة بل يفوض الامر اليه بقبول البينة فلاحظ.

---

١. ج ٤٠، ص ٤٠٩.

مسألة ۱٦۰: استظهر الشيخ الانصاري ﷺ من الاخبار السابقة أعميتها من جميع أدلة الاستصحاب فلا بد من تخصيصها بها[1] نعم هي واردة على اصالة التخيير و اصالتي الاحتياط و الاباحة - اذا كان مدركهما العقل، و ان كان مدركهما تعبدا لشارع بهما في مواردهما فدليل القرعة حاكم عليهما لكن ذكر في محله أنّ أدلّة القرعة لا يعمل بها حتى جبر عمومها بعمل الاصحاب أو جماعة منهم.

و يقول الفقيه الهمداني في حاشيته على المقام: القرعة لا تعارض شيئا من الادلة و الاصول الجارية في الاحكام و الموضوعت بل الظاهر اختصاص موردها بالشبهات الموضوعية التي لم يثبت لتشخيص حكمها طريق شرعي أو أصل تعبدي لا القرعة انما هي لكل أمر مشكل[2] و المتبادر من كونه مشكلا كونه على وجه يتخيّر المكلف في تشخيص حكمه في مقام العمل و مع وجود طريق شرعي (ولو تعبدي) يرتفع الاشكال، و لا يقال عليه انه أمر مشكل[3] و لذا نفينا جريانها في الاحكام الكلية، اذ ليس في الشريعة حكم شرعي لا يمكن استفادته من الادلة الشرعية ولو في مرحلة الظاهر... .

نعم أدلتها بحسب الظاهر تعمّ مورد التخيير لو كان مدركه منحصرا في العقل و لكنّ التعميم بحسب الظاهر خلاف الاجماع اذ الظاهر عدم القول بجواز تعيين الحكم الشرعي بالقرعة.

و قال أيضا: ولو اغمض عن ذلك و قيل بان ظاهر اخبارها لدي الجهل بحكم شيء مطلقا فاخبارها بظاهرها اعم مطلقا من ادلة ساير الاصول أيضا كالاستصحاب، فمقتضى القاعدة انه ان امكن تخصيصها بالجميع تعين و الا بان استوعب التخصيص

---

۱. لا فرق فى ذلك بين كونها امارة أو أصلا اذ لو لا التخصيص لبطل الاستصحاب من رأسه.

۲. و مما سبق تعرف عدم ثوبت عنوان المشكل و المشتبه فى الروايات المعتبرة بل عنوان المجهول هو المأخوذ فى رواية بن الحكيم.

۳. يعنى ان أدلة الاصول و الامارات حاكمة عليها كما صرح به فيما بعد من كلامه.

أو استلزم تخصيص الاكثر المستهجن وقعت المعارضة بينها و بين ادلة ساير الاصول... و قيل غير ذلك.[١]

أقول: المتيقن من روايات القرعة العامة هو حجية القرعة في الموضوعات الخارجية التي لا تجرى فيها احد الاصول العملية[٢] كتشخيص فرد أو فردين أو أكثر من الافراد المنطبق عليها الطبيعي كما مرّ نظيره في بعض الروايات الخاصة، و ذلك لعدم جريان بناء الاصحاب على العمل بها مطلقا، فاذا علم ان لاحد من خمسة اشخاص عليه دين فلا يجوز الرجوع في تعيين الدائن الى القرعة لاستصحاب بقاء الحق على ذمته بعد الدفع الى واحد منهم فتأمل و كذا اذا ترددت زوجة احد بين المرأتين أو تردد زوجه بين رجلين و نحو ذلك.

مسألة ١٦١: اذا قرع بين واجبات موسعة أو مخيرة أو بين مستحبات فلا اظن بهم يفتون بوجوب ما تعين بالقرعة تعيينا أو فورا و كذا اذا قرع جماعة في اتيان خدمة تنفعهم كاشتراء الطعام من محل بعيد في ساعة حارة أو باردة مثلا فلا يظن باحد يوجب العمل على من خرج السهم بأسمه.

بل يمكن القول بعدم لزوم العمل على وفقها في مورد الرواية الثالثة و الرابعة و الخامسة من الروايات الخاصة و بقاء التخيير حتى بعد القرعة.

نعم المتيقن من لزوم الالتزام بها هو فرض التنازع و التحاكم او قام الدليل بخصوصه عليه كما في مورد الرواية التاسعة و العاشرة المتقدمتين و في جواز اعادة القرعة فيهما اشكال. و تنقيح المقام محتاج الى مزيد تأمل.

مسألة ١٦٢: ليس للقرعة كيفية معينة بل هي موكولة الى العرف و ما في بعض الروايات من الدعاء المخصوص يحمل على الافضل.

مسألة ١٦٣: القرعة قد تكون لاحراز واقع خارجي كما في مورد الرواية الثامنة و التاسعة و العاشرة و قد تكون لاحداث الفعل على وجه دون وجه كما في مورد جملة

---

١. لاحظ: *القواعد الفقهيه*، ج١، ص٥١.

٢. لاحظ: *القواعد و الفوايد*، للشهيد، ج٢، ص٢٣ حيث ذكر جملة من موارد القرعة.

من الروايات السابقة و قد تكون لترجيح الفعل على الترك أو الترك على الفعل كما في الاستخارة المتعارفة هذا، و نقل عن المقدس الاردبيلي (ره) انه فهم تحريم الاستخارة المشهورة من قوله تعالى: «وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلامِ ذلِكُمْ فِسْقٌ».

أقول: الخيرة المعروفة انما هو لمعرفة رجحان الفعل على الشرك و اين هي من طلب القسمة بالازلام- السهام التي لا ريش عليها- و الظاهر ان المراد هو طلب قسمة اجزاء لحوم الحيوان بوسيلة السهام على نحو القمار فهذه كما لا ترجع الى الخيرة المعروفة لا تدخل في مطلق القرعة أيضا اذ مورد القرعة الجهل و هنا ملكية لا تدخل في مطلق القرعة أيضا اذ مورد القرعة الجهل و هنا ملكية اللاعبين للحوم الحيوان معلومة و انما يضربون بالازلام لاخذ حق الاخرين.

نعم في سورة المائدة آية اخرى ربما تدل على حرمة القرعة في الجملة أو مطلقها بشمول الخيرة المصطلحة و هي قوله تعالى: «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصابُ وَالْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ».[1]

فالمأمور بالاجتناب هو العمل بالازلام مطلقا لا خصوص استقسام اللحوم بها و قد روى في التفاسير ان شبيها بالخيرة المصطلحة ـ المسماة بذات الرقاع ـ كان معروفا عند الجاهلية فنهاهم القرآن عنه.

و بالجملة ظاهر الاية هو لزوم الاجتناب عن استعمال الازلام في التفأل و التطير و بيان الحق و تعين المحق و نحو ذلك و ان لم يصدق على متعلقه قمارا و لا ينبغي الشك في عدم خصوصية للازلام فلا يدار الحكم مدارها بل الممنوع هو الافعال المذكورة بكل شيء ولو كان سبحة أو حجارة أو وريقة أو قرطاسا و نحو ذلك.

و اجيب عنه بان الاية المتقدمة في أول هذه السورة: «وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلامِ» ظاهرة في الاستقسام بالاقداح الذي هو نوع من القمار لوقوعه في ضمن محرمات الاكل و يتأيد به ان ذلك هو المراد بالازلام في هذه الاية.

---

١. المائدة(٥): ٩٠.

لكنه ضعيف جدا اذ لا منافاة بين المنع عن فرد خاص لجهة ثم المنع عن كليه و عامه.

لا يقال القرآن نفسه شرع القرعة فكيف يمنعها بهذا الكلام؟ فانه يقال لم يدل القرآن على مشروعيتها في دين الاسلام فان عمل أهل السفينة في قصة يونس عليه السلام لا يثبت مشروعيتها في دينهم على وجه ضعيف فضلا عن ديننا و عمل المتخاصمين في تكفل مريم عليها السلام انما يثبت مشروعيتها في دينهم فقط و لا دليل حتى من الاستصحاب على انسحابها في هذه الشريعة.

و اكثر شيء نقول ان الروايات المعتبرة دلت على مشروعية القرعة بل وجوبها في الجملة و روايات دلت على جواز الاستخارة المشهورة في الجملة[1] فيقيد استعمالها الممنوع بموارد القمار و غيره جمعا.

القول فی بقية أحكام المدعی و المنكر

مسألة ١٦٤: مقتضى قاطعية التقسيم للشركة و مقتضى حصر المسند اليه المحلى باللام في المسند في قوله صلى الله عليه وآله:

البينة على المدعى و اليمن على من ادعى عليه.

و مقتضى دلالة الروايات اثبات امور اربعة:

١. كل مدع عليه البينة.

٢. كل مدعى عليه (منكر) عليه اليمين.

٣. لا يمين للمدعى.

٤. لا بينة للمنكر.

لكن لم تبق واحدة من هذه الكليات على عمومها و اليك بعض التخصيصات و التقييدات.

الف) أما الكلية الاولى فقد خصصت بما ذكره بعضهم و اليك جملة منه:

الاول: ادعاء الودعى رد الوديعة فانها يقبل من دون بينة و ان انكره المالك و في

---

١. و شرطه ان يوجد رواية معتبرة سندا بين الروايات الواردة فی الخيرة.

الجواهر:[1] و كذا يصدق (اي كما يصدق في ادعاء التلف) لو ادعى الرد الى المالك أو وكيله على المشهور، بل عن جماعة الاجماع عليه، بل ارسلوه في غير المقام ارسال المسلمات و هو الحجة مضافا الى كونه امينا و الى غير ذلك مما سمعته في دعوى التلف، فما في القواعد و غيرها من النظر في غير محله نعم لا يقبل قوله في ذلك في الرد على الوارث لانه لم ياتمنه. كما انه لو ادعى اذن المالك في دفعها الى غيره لا يسمع الا بالبينة.

الثاني: ادعاء اهل الحرب انهم من الفرق الثلاثة التى تقبل الجزية منهم، فانه يقبل منهم و لا يكلفون البينة و لم يجد فيه صاحب الجواهر خلافا و لعله لكون الدين امرا قلبيا لا يعرف الا من قبل صاحبه بل قد تتعذر اقامة البينة عليه.[2]

الثالث: ان الامين ـ سواء كانت الامانة شرعية أو مالكية ـ اذ ادعى التلف لما في يده ليس عليه البينة فيقبل قوله مع يمينه اذا ادعي عليه الاتلاف.

ورد بان الامين ليس بضامن الا اذا اتلف أو تعدى فلا بد للمالك من اثباتهما و الامين منكر.

الرابع: ادعاء المالك ابدال المال الزكوى في اثناء الحول بغرض نفى تعلق الزكاة به فيقبل قوله بلا بينة قيل اجماعا و كذا لا يحتاج الى البينة ان ادعى تعلق الزكاة بماله و لكن ادعى دفعها الى المستحق تمسكا باطلاق صحيحة بريد و معتبرة غياث؛[3] و الله العالم.

الخامس: ادعاء الذمي اسلامه قبل وقت الجزية للتخلص عنها.

السادس: ادعاء الحربي الذي نبت الشعر على عانته ان انباته بعلاج حتى لا يكون امارة البلوغ فيقتل.

السابع: دعوى البلوغ لرفع الحجر و صحة المعاملات.

---

١. *الجواهر*، ج٢٧، ص١٤٨.

٢. *المصدر*، ج٢١، ص ٢٣٥.

٣. *الوسائل*، ج ٦، ص٨٨ – ٩٠.

الثامن: اذا ادعى المالك أن المال التالف قرض و يدعى القابض انه وديعة يقدم قول المالك مع يمينه كما في موثقة اسحاق.[١]

التاسع: اذا ادعى مالا و لا معارض له فانه يقضى له من دون بينة و يمين بلا خلاف اجده فيه، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه، لاصالة صحة قول المسلم و فعله بل كل مدع و لا معارض له كما في الجواهر.

و في صحيح منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قلت عشرة كانوا جلوسا وسطهم كيس فيه الف درهم فسأل بعضهم ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم لا و قال واحد منهم هو لي. فلمن هو؟ قال للذي ادعاه.[٢]

قال المحقق العراقي قدس سره في كتاب قضائه ص ٨٦:

ان ظاهر كلماتهم سماع الدعوى في كثير من المقامات بيمينه، و الظاهر ان ذلك ليس من جهة سماع اليمين من المدعى كي يستلزم تخصيص ادلة الوظايف، بل عمدة الوجه ان قول المدعى في هذه المقامات بعد ما كان في نفسه حجة فصارت دعواه مقرونة بالحجة نظير دعوى ذي اليد.... .

نعم يبقى الكلام في وجه سماع قولهم بعد الجزم بعدم كونها بمجموعها تحت كبرى واحدة.

بل هنا كبريات متعددة:

منها كبرى المدعى بلا معارض.

و منها كبرى سماع قول ذي اليد.

و منها كبرى سماع قول الامين فيما ثبت فيه امانته.

و منها كبرى من ملك فيما هو راجع الى تحت سلطنته.

و منها دعوى ما لا يعلم الا من قبله.

ثم شرع في بيان هذه الكبريات الكلية فراجع كلامه و لاحظ ص ٣٢٣ منه أيضا

---

١. *المصدر*، ج١٣، ص٢٣٢.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص٢٠٠.

و تأمل فيه و لاحظ ص ١٠٣ الى ص ١١٣ ج ٣ من القواعد الفقهيه للعلامة البجنوردي رحمه الله أيضا.

ب) و أما الكلية الثانية فقد قيدت بفرض عدم رد اليمين من جانب المنكر على المدعي نعم لا يجب عليه الحلف اذا رده على المدعى و ليس للمدعى رده على المنكر مرة اخرى، و كذا لا يجب على المدعى عليه اليمين اذا لم يجزم ببطلان الدعوى بل اظهر الشك فيه أو الظن و ذلك لعدم جواز الحلف عن غير جزم.

و أما الكلية الثالثة فقد خصصت أو قيدت بعدم رد اليمين عليه من قبل المدعى عليه مع فقد البينة و الا يجب عليه الحلف اذا اراد اثبات حقه. و كذا اذا اقام شاهدا واحدا يجب عليه الحلف كذلك، و كذا اذا كان دعواه على الميت فلا يكفى البينة وحدها بل تضم اليها يمينه لثبوت اصل الحق على الاظهر أو لاستظهار بقاء حقه عليه كما قيل. و في دعوى المالك القرض على القابض و هو يدعى الوديعة.[1]

و أما الكلية الرابعة فتحمل على عدم الوجوب فلو اقام المنكر البينة يعتنى بها لعموم حجية البينة مطلقا و يستفاد من الروايات أيضا.

و قيل بعدم قبولها منه فان التفصيل قاطع للشركة فليس على المنكر غير اليمين و استدل له أيضا بأن حصر المسند اليه في المسند يفيد حصر الاول في الثاني كما اشرنا اليه أولا.

لكن اجاب عنه المحقق القمي كما قيل بان التفصيل انما هو في الامر الواجب على المتخاصمين دون الكافي أقول العمدة في اثبات هذا الحمل هو الروايات الدالة على قبول بينة المنكر و لا تعارضها رواية المنصور فانها ضعيفة سندا.[2]

القول فى احكام التوصل الى الحق

مسألة ١٦٥: يجوز للمظلوم الانتقام من الظالم بقدر ظلمه، فاذا سبه احد او لطمه او

---

١. *المصدر*، ج١٣، ص١٣٩و٢٣٢ فيهما موثقتان لاسحاق بن عمار.

٢. *المصدر*، ج١٨، ص١٨١–١٨٦ فلاحظ: قضاء المحقق الرشتى، ص١٨١–١٨٨.

حبسه يوما مثلا جاز له سبه أو لطمه أو حبسه لقوله تعالى: «وَ الْحُرُماتُ قِصاصٌ. فَمَنِ اعْتَدى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُمْ».[١]

و لقوله تعالى: «وَ إِنْ عاقَبْتُمْ فَعاقِبُوا بِمِثْلِ ما عُوقِبْتُمْ بِهِ وَ لَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصّابِرِينَ».[٢]

و لقول الكاظمعليه السلام في صحيح ابن الحجاج[٣] في رجلين يتسابان: البادي منهما أظلم وزره و وزر صاحبه عليه ما لم يعتذر الى المظلوم (ما لم يتعد المظلوم) بل يستفاد من القرآن حسن الانتقام و مدحه، و ان كان العفو احسن و أفضل، قال الله تعالى: «إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَ عَمِلُوا الصّالِحاتِ وَ ذَكَرُوا اللّهَ كَثِيراً وَ انْتَصَرُوا مِنْ بَعْدِ ما ظُلِمُوا وَ سَيَعْلَمُ الَّذِينَ ظَلَمُوا أَيَّ مُنْقَلَبٍ يَنْقَلِبُونَ».[٤]

و قال: «وَ الَّذِينَ اسْتَجابُوا لِرَبِّهِمْ... وَ الَّذِينَ إِذا أَصابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ وَ جَزاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُها فَمَنْ عَفا وَ أَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللّهِ إِنَّهُ لا يُحِبُّ الظّالِمِينَ وَ لَمَنِ انْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولئِكَ ما عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النّاسَ...».[٥]

مسألة ١٦٦: لا يجوز الانتصار و الانتقام فيما يعلم بعدم رضا الشارع بوقوع الفعل مطلقا و بايّ وجه كان كالزنا و اللواط و مقدماتهما و كالمنع عن الصلاة و الحج و ابطال الصوم و نحو ذلك فحفظ النفس و ان كان اهم من العفة مثلا لكن يجوز الانتصار بقتل القاتل و يحرم اتيان الذكر اللائط و الزنا بزوجة الزاني و وجه الفرق ما قلنا و كذا لا يجوز الانتصار و التقاص اذا استحلف المدعي المعتدي فحلف لما مر.

مسألة ١٦٧: مقتضى اطلاق الادلة عدم توقف جواز الانتقام في العقوبة و المال على اذن القاضي و الحاكم فما عن المسالك و غيرها بل عن الكفاية لا اعرف فيه

---

١. البقرة(٢): ١٩٤.
٢. النحل(١٦): ١٢٦.
٣. *اصول الكافى*، ج٢، ص٣٦٠ و٣٢٢ و *الوسائل*، ج١٨، ص٦١٠.
٤. آخر سورة الشعراء.
٥. الشورى(٤٢): ٣٧ـ٤١.

خلافا من لزوم الرفع الى الحاكم ضعيف نعم لا بأس به في بعض الموارد:

فمنها منع الحكومة الاسلامية ـ اذا فرض وجودها ـ عن الانتصار و الانتقام في الجملة بدون اذن المسؤلين الرسميين.

و منها ما يشير الفتنة العظيمة و الفساد و اختلال النظم كما في القصاص في غالب الموارد و للاحتياط في الدماء و مع القطع بالاستحقاق و عدم الفتنة جازت المباشرة لقوله تعالى: «وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنا لِوَلِيِّهِ سُلْطاناً...» و المهم في المقام جواز القصاص مع فرض اثارة الفتنة و تداوم القتال و عدم النفع في المراجعة الى الحاكم الشرعي لكونه مسلوب الاختيار فلا بد من بيان ضابطة في ذلك.

و منها ما اذا احتمل المنع الشرعي بملاحظة بعض الامور.

و منها ما اذا أشتبه عين ماله بين اموال المتصرف سواء كان غير باذل او باذلا لكن لم يرض بالمصالحة فيرجع الى الحاكم حسما لمادة النزاع.

مسألة ١٦٨: يجوز اخذ عين المال من المتصرف غير المستحق ولو قهرا بنفسه أو بمساعدة ظالم[١] أو صديق قادر و ان استلزم ضررا بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك و ان ثارت الفتنة ما لم تصل الى حد وجوب الكف عن الحق له لترتب تلف الانفس و الاموال العظيمة و الفساد الذي يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك.

و لا فرق في ذلك بين كون الاخذ عالما أو جاهلا بالمال اذا اخذه ابتداء ظلما و عدوانا و ذلك لاطلاق ما مر و لبناء العقلاء.

و كذا اذا انتقل المال الى المتصرف من الظالم و ان لم يكن هو بنفسه ظالما، لكن كل ذلك اذا لم يتمكن من ماله بالترافع الى الحاكم و الا فلا يجوز ارتكاب ما هو حرام في حد نفسه.

و أما اذا انتقل المال اليه من مالكه اشتباها و جهلا فلا اشكال في جواز أخذه ولو

---

١. مر بحث الترافع الى القضاة الظلمة.

قهرا مع عدم شمول الايات المتقدمة لمثل الفرض لبناء العقلاء و لكن في جوازه حتى الاضرار بالقابض و توهينه نظر و لعل الاشبه في فرض الضرورة الجواز للحصر في قوله تعالى: «إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَ يَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ».[1]

و من الواضح ان الظلم في المقام ليس بغير الحق بل لاجل الحق.

فان قلت المستفاد من الاية جواز الظلم بالحق دون الظلم لاجل الحق. قلت نعم لكن الحق يوجب صيرورة الظلم بالحق.

فان قلت لازمه جواز الاضرار بغير من بيده المال اذا توقف استنقاذه عليه مع انه لا يظن باحد الفتوى بجوازه و كذا جواز الاضرار الكثير بصاحب المال كاتلاف الف دينار منه لانقاذ ما يساوي دينارا واحدا. قلت نلتزم بالمنع في هذين الموردين لقاعدة نفي الضرر و ترجيح اهم الضررين. بل و لمفهوم الحصر المذكور اذ نمنع اللزوم المدعي فان الظلم في مثل هذين المورد بغير الحق.

مسألة ١٦٩: يجوز لوارث المالك أخذ ماله من الظالم ولو بالقهر و الاضرار و من وارثه على نحو سبق في ذيل المسألة الاخيرة و في جواز انتقام ابن المظلوم عن الضارب وجهان من عدم شمول الايات السابقة له و من ثبوته في القتل فيثبت في المقام بطريق اولى حسب المتفاهم العرفي و هو الاشبه.

مسألة ١٧٠: اذا قسم الورثة ما ترك مورثهم فالظاهر جواز اخذ المالك حقه من أي وارث شاء و احتمال منع التقاص الا بالنسبة ضعيف لان استحقاق الارث بعد الدين، و اذا كان الحق عينا فجواز أخذها من أي وارث امكن أخذها منه اوضح. و كذا يجوز اخذ الحق من الحبوة و من غير الارض و لا يلتفت الى ايراد النقص على الولد الاكبر و الزوجة.

مسألة ١٧١: لا يجوز ضرب ابن الضارب فضلا عن ضرب مطلق وارثه فانه ظلم غير سايغ عند العقلاء و كذا لا يجوز أخذ ماله اذا لم يترك الغاصب مالا.

---

١. الشورى(٤٢): ٤١.

و يدل عليه أيضا اطلاق قوله تعالى: «وَ لا تَزِرُ وازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرى».

مسألة ١٧٢: اذا كان الحق دينا و كان الغريم باذلا لا يستقل صاحب الحق بالانتزاع لعدم تعين الحق بدون تعيين الغريم و ليس للدائن ولاية في تعيينه، نعم اذا كان عينا جز اخذها بغير اذنه و ان كان باذلا، اذا لم يتوقف على تصرف في ماله و الا لا يجوز الا في فرض غير البذل.

مسألة ١٧٣: اذا كان الغريم معترفا بالحق و لكنه لمرضه أو غيبته لا يقدر على الدفع حتى بالتوكيل فهل يستقل صاحب الحق أم لا بد من مراجعة الحاكم؟

قيل لا خلاف و لا اشكال في عدم استقلاله[١] فلا بد له من استيذان الحاكم، و لازمه الصبر في فرض عدم تمكنه من مراجعة الحاكم أو من أثبات حقه عنده لكن الاظهر حينئذ جواز الانتزاع لبناء العقلاء و لاطلاق رواية اسحاق[٢] ان تمت سندا.

مسألة ١٧٤: اذا جحد الحق من غير عناد كما اذا اعتمد على الاصل او على الفتوى اجتهادا أو تقليدا قيل لا يجوز لصاحب الحق اخذه من ماله الا بالترافع لكن الاظهر هو الجواز لما مر في المسألة السابقة.

مسألة ١٧٥: لو منع الحياء أو الخوف أو غيرهما من المطالبة قيل لا يجوز له التقاص و كذا لو شك في ان الغريم جاحد أو مماطل. أقول: أما في الحياء فالامر كما ذكر و أما في الخوف و الشك فالظاهر جوازه و يظهر وجه مما مر، فتأمل.

مسألة ١٧٦: اذا امتنع الغريم عن اداء الحق، سواء جحد من رأس أو ماطل مع الاعتراف جاز الاخذ منه قهرا و جازت المقاصة من أمواله لما مرّ من الايات فانه ظالم و معتد حدوثا أو بقاء و لجملة الروايات التي ذكرناها في حدود الشريعة في محرماتها[٣] و نتبرك هنا بواحدة منها و هي صحيحة داود قلت لابي‌الحسن موسى عليه السلام اني اخالط السلطان (اني اعامل قوما) فتكون عندي الجارية فيأخذونها و الدابة

---

١. *الجواهر*، ج ٤٠، ص٣٨٨.

٢. *الوسائل*، ج١٢، ص ٢٠٤ ج ١٢.

٣. ج ١، ص٨١.

الفارهة فيبعثون فيأخذونها ثم يقع لهم عندي المال فلي ان آخذه قال خذ مثل ذلك و لا تزد عليه.[١]

و منه يظهر جواز المقاصة من غير جنس المال الثابت في ذمته أو الموجود في يده مع تعديل القيمة.

مسألة ١٧٧: تجوز المقاصة من الوديعة خلافا لجمع لما مرّ و لخصوص صحيحة البقباق: ان شهابا ماراه في رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم... فدخل شهاب على أبيعبد الله عليه السلام فذكر له ذلك فقال اما أنا فاحب أن تأخذ و تحلف.[٢]

و أما صحيحة معاوية ابن عمار المانعة عن أخذ الوديعة تقاصا فاما ان تحمل على الكراهة و هو بعيد بعد حكمه عليه السلام بانه خيانة و قوله هنا اما انا فاحب و ان كانت هي المشهورة كما قيل.

أو على فرض استحلاف المنكر و حلفه لما مرّ و مع فرض التعارض يرجع الى مطلقات الدالة على جواز المقاصة كصحيح داود السابق.

مسألة ١٧٨: المفهوم من الادلة جواز التوكيل في المقاصة، نعم يشترط علم الوكيل بالحق في جواز عمله لا في حلية الحق فلو غفل او تجرى جاز لصاحب الحق أخذه، بل تجوز لولى الصغير و المجنون أيضا و كذا للحاكم فيقتص من أموال من يمتنع عن اداء الحقوق الشرعية و قيل يجوز التقاص لكل أحد لانه احسان الى صاحب الحق. أقول هذا في العين لا بأس به اذا لم يستلزم عملا ممنوع في حد نفسه و اما في الدين ففيه انه محتاج الى الاذن المفقود في غير صاحب الحق أو وليه أو الماذون من قبله.

مسألة ١٧٩: اذا امكن اخذ مثل ما في ذمة الغاصب مثلا أو ما في يده فهل يجوز الاخذ من غير المثل من المثليات و القيميات فيه اشكال لاعتبار المثلية في

---

١. *الوسائل*، ج١٢، ص٢٠٢.

٢. *المصدر*.

جواز التقاص (بمثل ما اعتدى عليكم) فتأمل و لا اطلاق ظاهرا في الروايات المجوزة فاذا كان حقه حنطة و يمكنه اخذ الحنطة من ماله يشكل خذ الارز أو اللحم أو الفرش أو النقود لعدم المثلية التامة حينئذ و اما مع عدم التمكن منه فلا اشكال فيه من دون فرق بين المثليات و القيميات بل يجوز حينئذ أخذ العين مكان المنفعة و عكسه.

مسألة ١٨٠: اذا أخذ الزايد من حقه من باب الضرورة و بقصد الرد فتلف الزايد من دون افراط و تفريط قيل لا يضمن لان يده يد امانة، و لكن يحتمل الضمان لان الامانة الشرعية لا تنافي الضمان في الجملة و العمدة وجود المقتضى للضمان و عدمه.

مسألة ١٨١: لو توقف اخذ حقه على بيع مال الغاصب مثلا جاز بيعه لما مر، و اما اذا لم يتوقف كما اذا كان قيمة المال بمقدار حقه فلا اشكال في جواز اخذه مقاصة. و أما جواز بيعه و أخذ قيمته مقاصة أو بيعه و اشتراء شيء من جنس ماله ثم اخذه مقاصة ففيه اشكال لعدم ما يدل على صحة مثل هذه التصرفات غير الضرورية في مال الغير.

مسألة ١٨٢: اذا رضى المقتص منه باد اء الحق بعد المقاصة فان كان دينا فلا شيء في البين يتبادل سوى الاستغفار عن تأخير ردّ الحق و ان كان عينا فالظاهر وجوب قبول العين ورد ما أخذه مقاصة ان بقى و الّا المثل او القيمة، لعدم استفادة المفاوضة القهرية من الادلة بل الاقتصاص بمنزلة بدل الحيلولة، نعم اذا لم يدفع الاخذ ما اخذه او مثله او قيمته جاز له تملك العين مقاصة. و منه يظهر الاشكال في تصرفات المقتص منه في العين المذكورة ولو بعد مقاصة مالكها من ماله اذ مع فرض عدم حصول المعاوضة القهرية كان التصرف فيها محرما. لكن في الجواهر: بل ظاهرها ملك المقاص العوض الذي يأخذه و ينبغي ان يلزمه انتقال مقابله الى ملك الغاصب لقاعدة عدم الجمع بين العوض و المعوض عنه بل قد يشكل استحقاق الرد عليه ولو بذله بعد ذلك... و احتمال كون الملك متزلزلا بنحو ما ذكروه في القيمة التي يدفعها

الغاصب للحيلولة مناف لقاعدة اللزوم بعد ظهور النصوص في الملك.[١]

مسألة ١٨٣: هل يجوز المقاصة اعتمادا على استصحاب بقاء الحق؟ قيل انه مشكل و الاحوط رفعه الى الحاكم و استدل له بوجه غير وجيه، ثم الظاهر عدم الفرق بينها و بين المطالبة و مقتضى حجية الاستصحاب جوازهما معا.

مسألة ١٨٤: لا يجوز التقاص من المال المشترك بين المديون و غيره الّا باذن شريكه فان التصرف في ماله محرّم و اذا لم يأذن أو لم يمكن جاز لقاعدة لا ضرر و على كل فاذا تصرف صار شريكا جديدا بمقدار حقه فلا يجوز للشريكين السابقين- المديون و شريكه- التصرف في المال المشترك من دون اذنه كما لا يجوز له أيضا التصرف فيه بدون اذنهما.

و اذا أراد الشريك الجديد قسمة المشترك بأقسامها الثلاثة فلا يعتبر اذن المديون الممتنع ظاهرا فان رضى الشريك الاخر فهو و الّا فيجبر عليها على نحو سبق بحثه في القسمة.

مسألة ١٨٥: لا يجوز التقاص من مال تعلق به حق الغير كحق الرهانة و حق الغرماء فى مال المحجور عليه و في مال البيت الذي لا تفي تركته بديونه لوجود المانع.[٢]

مسألة ١٨٦: اذا كان للممتنع دين على ذمة الدائن جاز احتسابه عوضا عما عليه مقاصة للاية و لبناء العقلاء و يتحقق التقاص بمجرد النية و لا يحتاج الى القبض و التسلط كما هو فى صورة الاخذ اذ لا يكفى فيه مجرّد النية.

مسألة ١٨٧: اذا غصب مثلا مالا مشتركا فهل ما يأخذه أحد الشريكين أو الشركاء بعنوان التقاص مشترك بين الكل أو مختص بالقابض بمقدار حقه ذهب بعضهم الى الثاني: و الظاهر ضعفه فى العين لعدم ما يوجب زوال الشركة فهي باقية بحالها و كل

---

١. ج ٤٠، ص ٣٩٦.

٢. و ظاهر ان مفروض الكلام فى هذه المسألة و ما مر من مسألة الحياء و غيره هو عدم وجود عين ماله فانها تؤخذ اينما وجدت.

من أخذ منه شيئا يشترك فيه الكل، نعم لا بأس به في الدين ان لم ينوه لغيره.

مسألة ١٨٨: الظاهر عدم جواز المقاصة فى الدين من مستثنيات الدين اذا لم يكن للمعسر غيرها و ليس فى أدلّة الباب اطلاق يلغى اعتبار المستثنيات فى المقام.

القول فى أحكام اختلاف دعوى الاملاك

مسألة ١٨٩: كل ما كان تحت يد شخص و استيلائه فهو محكوم بملكيته سواء كان من الاعيان أو المنافع أو الحقوق أو غيرها لا للاجماع أو السيرة و لا للرواية بل لبناء العقلاء و سيرة الناس جميع فى امور معاشهم عليه، و الاسلام أقر أتباعه عليه.

فاليد امارة على الملكية أو ما يدعيه ذوها من الاجارة أو العارية أو الوديعة أو الوقف او التولية و غير ذلك، و لا يعتبر فى دلالتها على الملكية مثلا التصرفات أو دعويها فاذا مات يقسم ما عنده على وارثه و ان لم يشاهد تصرفاته و لم يسمع دعواه بل قيل بها حتى مع اعتراف ذي اليد بعدم علمه بان ما في يده له أم لا، لاستقلال اليد بدلالتها على الملك من دون اعتبار علم ذيها بالملكية. نعم اذا اعترف بالوكالة أو الاستيجار أو الولاية و نحوها فيحكم بملكية من اعترف له لان يدهم يده عرفا. و الاعتراف مقدم على اليد.

مسألة ١٩٠: اذا اعترف بعدم ملكية ما في يده و ادعي زيد انه له فهل يجوز له دفعه اليه أولا؟ فيه وجهان من عدم معارض للمدعي فيدفع اليه كما مرّ و من ان ذا اليد مكلف بايصال المال الى مالكه و مجرد دعوى أحد لا يثبت ملكيته و هذا هو الارجح و استدل بعض المحققين للاول برواية الكيس و زعم دلالتها عليه لكنها ممنوعة.

مسألة ١٩١: قيل ان يد الصبي لا يمنع دعوى الكبير لما في ديده اذ يده ليست بيد كما يفهم بالمناط من قوله عليه السلام عمد الصبي خطأ نعم اذا عارض الصبى الكبير لا بد من الترافع لما مرّ من قبول دعوى الصبى.

أقول: لو صح خطأ عمد الصبي فكيف يسمع دعواه فانها أيضا هدر و هل هو الّا

التناقض؟ و الاظهر ان يد الصبي يد وليه ولو عرفا كالاخ المربى له مثلا فهي مانعة عن دعوى الكبير و في يد المجنون تردد و الله العالم.

مسألة ١٩٢: اذا اعترف ذو اليد بان ما في يده لزيد و يدعى بكر انه له يحكم بكونه لزيد الّا اذا اقيمت البينة على قول بكر و هذا لا اشكال فيه و انما الاشكال فيما اذا اعترف بغصبية يده و ان يده يد عدوانية و انه غصبه من زيد و ادعى عمرو انه له فهل مثل اليد حجة أم هي كالعدم فيقبل قول عمرو لعدم المعارض له على الفرض، قيل بالاولى بدعوى ان اعترافه بالغصبية لا يوجب الّا عدم كاشفية اليد عن الملكية بحسب اقراره و أما عن غيرها فلا و بناء العقلاء على حجيتها في كل ما يرجع الى ما في يده.

مسألة ١٩٣: اذا كان الشيء تحت يد شخصين أو أشخاص فمع الاعتراف بالمقدار يبني عليه و الا فهو لهم على السواء اذا كانت أيديهم عليه بالسوية فيقسم بين الاثنين بالنصف و بين الخمسة مثلا بالخمس و الا فبمقدار الاستيلاء لبناء العقلاء المؤيد بدعوى الاجماع و دلالة بعض الاخبار عليه في الجملة.

مسألة ١٩٤: اذا ادعى أحد ملكية ما في يد غيره و أقام البينة على انه كان في يده سابقا أو كان ملكا له كذلك فالمال لذي اليد مع يمينه لانه منكر و ان ردها على المدعي فحلف كان المال له و على كل لا يعتنى بالبينة المذكورة لانها تخبر عن ملكية سابقة غير منافية لما اقتضته اليد من الملكية الفعلية.[1]

و ان أقام البينة على انه ملكه فعلا و ان يد المستولي يد أمانة أو اجارة أو عدوان حكم له بها ترجيحا للبينة على اليد التي تكشف عن الملكية في خصوص حالة الجهل فاذا تبين الحال سقطت دلالتها على الملك.

و اذا أقام ذو اليد أيضا البينة على انه له فعلا فقيل بترجيح بينته مع يمينه، و قيل بترجيح بينة المدعي و سيأتي بيان الحق فيما بعد.

---

١. خلافا لبعضهم فلاحظ تفصيله فى ص٤٥٢ و ما بعدها *الجواهر*، ج٤٠.

مسألة ١٩٥: اذا اعترف ذو اليد بأن المال كان للمدعي و لكن انتقل الي بناقل شرعي فان أقام البينة على قوله فهو و الا يحكم للمدعي مع يمينه ان استحلفه ذو اليد لانه باعترافه هذا يصير مدعى للانتقال و المدعي منكرا.

لا يقال: نعم و لكن اذا اعترف ذو اليد ان المال كان للمدعي و هو الان لي لا يقلب المنكر مدعيا لان الملكية السابقة لا أثر له فعلا و الاستصحاب غير جار مع اليد فيحكم بأن المال لذي اليد مع يمينه حتى يقيم المدعي البينة على انه له بالفعل.

فانه يجاب عنه بأن الاقرار بالملكية السابقة مع دعوى الملكية فعلا لا تنفك عن دعوى الانتقال فمرجع قول ذي اليد ادعاء الملكية من جهة الانتقال فيكون مدعيا يجب عليه اقامة البينة.

نعم انما يجب عليه اقامة البينة اذا كان المنكر هو المالك أو من يقوم مقامه و غيره يجب عليه حمل قول ذي اليد على الصحة و ان جهل الانتقال، فان اليد امارة على الملكية خصوصا مع تصريح ذي اليد بها. فلا يسمع دعوى عدم الانتقال بها من الاجنبي الا بالبينة كما يدل عليه صحيح حماد بن عثمان عن الصادق عليه السلام الوارد في قصة فدك.[1]

مسألة ١٩٦: اذا تعارضت الشهادة بالملك مع الشهادة باليد أو التصرف تقدم الاولى عليهما كتقديمها على اليد الحسية و التصرف الحسى و الوجه فيه ظاهر فان اليد و التصرف ظاهران في الملكية و الشهادة بالملك نص و النص مقدم على الظاهر.

مسألة ١٩٧: اذا أجاب المدعي عليه ان المال ليس للمدعي ففيه صور سبع:

الصورة الاولى: أن يقول انه لي فيكون طرفا للمخاصمة فيحكم ببينة المدعي أو حلف المنكر أو يمين المدعي المردودة على ما مر.

الصورة الثانية: أن يقول لا أدري انه لمن أي انه مجهول المالك فان أقام المدعي البينة قضي له بها و الا فيدفع المال الى الحاكم الشرعي و لا يتوجه اليمين اليه و الى

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص ٢١٥.

ذي اليد المذكور لانهما ليسا طرفا الخصومة فان قلت هذا المدعي لا معارض له فلم لا يدفع المال اليه كما مر دليله؟ قلت: هذا فيما لم يكن عليه يد و أما فيما عليه يد فالواجب على ذي اليد ايصاله الى مالكه، و مجرد الادعاء لا يكفي لاثبات الملك فلا يجوز له الدفع الى المدعي و لا وجه لابقائه عند ذي اليد لا اذا رأى الحاكم المصلحة فيه.

و على كل لا كفالة على المدعي الاخذ اذ لا علم بالمدعي عليه الغائب في المقام.

الصورة الثالثة: ان يقول انه لاحد لا اسميه لم تندفع الخصومة عنه ظاهرا بل يلزمه الحاكم بالبيان فانه من شؤن القضاء و فصل النزاع فعليه أن يذكر اسم المالك حتى يتوجه اليه الخصومة و قيل باندفاع الخصومة عنه بعد الحكم شرعا بانتفاء المال عنه و حينئذ يأخذه الحاكم منه و ينحصر اثباته للمدعي باقامة البينة كما في الجواهر.[١]

أقول: و يضعف بأن مجرد كون المال لغير المدعي عليه مع التمكن في بيان اسم المالك لا تندفع الخصومة عنه الا اذا ادعى النسيان فيمهل له حتى يتذكر، و لا يصح للحاكم أخذ المال منه مع احتمال العارية و الوديعة و الوكالة.

و على كل اذا استحلفه المدعي على عدم علمه بملكية المدعي لزمه الحلف فان لم يحلف و حلفه المدعي أخذ المال و الظاهر ضمانه للمقر له اذا بين اسمه و حضر بعد ذلك لانه بعدم حلفه أتلف المال فلاحظ. و كذا يتوجه الى ذي اليد ان أنكر نسيانه المدعي و استحلفه فاذا نكل ألزمه الحاكم بالبيان. و أما اذا لم يحلف المدعي سقط دعواه مع ذي اليد و الارجح جواز اعادتها بعد ظهور المالك معه.

الصورة الرابعة: أن يقول انه لزيد الحاضر أو في حكمه فان صدقه زيد و قال انه لي تندفع الخصومة عن ذي اليد، فاذا ثبت حق المدعي بالبينة أو اليمين المردودة و لم يمكن له خذ حقه المدفوع من ي اليد الى زيد فالظاهر جواز رجوع المدعي الى ذي اليد للخسارة للاتلاف و اليد.

---

١. ج٤٠، ص٤٤٨.

و ان صدقه زيد بعد انكاره للمال أولا فعن التذكرة ان له الاخذ لسلامة اقرار المقر بعد تعارض انكار المقر له بتصديقه، و قيل بالمنع.

ولو استحلف المدعي ذا اليد على انه لا يعلم ان المال له قيل توجه اليمين اليه فان نكل و حلف المدعي أغرمه و أما عين المال فهى للمقر له بالاقرار السابق الذي لا يبطله الاقرار اللاحق فضلا عما كان بحكمه من النكول أو الرد.

و ان كذبه زيد و قال بأن المال ليس لي أخذه الحاكم فان أقام المدعي بينة فهو و الا تؤجل الدعوى و لا يتوجه الحلف الى أحد و لا يدفع المال الى ذي اليد أو المدعي لما مر.

الصورة الخامسة: أن يقول انه لزيد و هو غائب فان أقام المدعي البينة يدفع له مع الكفالة و الغائب على حجته اذا قدم و في دعوى العلم على ذي اليد ما مر و كذا في اغرامه عند النكول و حلف المدعي ولو أقام انه لزيد الميت فأقام المدعي البينة يدفع له مع يمينه لما مر.

و اذا لم يقم المدعي البينة و لم يدع علم ذي اليد يبقى المال عنده كما كان و ليس للحاكم أخذه.

الصورة السادسة: أن يقول انه وقف على الفقراء أو على المساجد و نحوهما، فان أقام المدعي البينة فهو و الا فلا يتوجه اليمين على ذي اليد على اشكال ثم ان قلنا بأن رد اليمين في فرض توجه اليمين الى المدعي و ان احلافه مقام حلفه فلا رد هنا فتوجل الدعوى عند عدم البينة و ان قلنا برد اليمين الى المدعى مطلقا كما قويناه فيما مرّ حلف المدعى و قضى له، و كذا ان ادعى علم ذي اليد و أنكره و نكل و حلف المدعى.

و لا يحق للحاكم أخذ المال فى فرض عدم ثبوته للمدعى مع احتمال كون ذي اليد متوليا و ناظرا من قبل الواقف.

الصورة السابعة: ان يقول انه للصبي أو للمجنون فان أقام بينة فهو و الّا انصرفت

الخصومة عنه و لا سبيل الى تحليف الصبي و وليه و لا تغنى الّا البينة كما في الجواهر.[1]

لكن الظاهر اذا ادعى عليه العلم فلم يحلف و حلف المدعى دفع اليه المال للاطلاقات بل يمكن القول بتوجه الخصومة الى ولي الطفل و المجنون للاطلاقات المذكورة بل يمكن منع انصراف الخصومة عن ذى اليد خصوصا مع عدم حضور الولي للاطلاقات أيضا فلاحظ و الله العالم.

مسألة ١٩٨: اذا قام بينة على ملكية عين فى يد غيره فانتزعها بحكم الحاكم ثم اقام المدعى عليه البينة على انها له فعلا تؤخذ منه و يدفع اليها فانها دعوى جديدة و ان اقامها على انها له حين الدعوى الاولى ففي تحرير الوسيلة لم يستبعد عدم نقض الحكم الاول لكن الاظهر انه من باب تعارض البينتين الذي يأتي تفصيله عن قريب انشاء الله تعالى.

مسألة ١٩٩: اذا تنازعا فى عين ففيه صور كثيرة ذات مباحث طويلة نذكر معظم تلك الصور و من الله العون و عليه التكلان.

الصورة الاولى: ان تكون العين تحت يدهما بحيث يستولى كل منهما على كلها و لا بينة لهما فيحكم بالتنصيف لبناء العقلاء و ان شئت فقل انه قضية اليد فانها مع الانفراد تقتضي ملكية الكل و مع الاشتراك ملكية النصف و قد ذكرنا سابقا ان عمدة الدليل على اعتبار اليد بناء العقلاء و اليه يرجع دعوى الاجماع بقسميه عليه لبعد الاجماع التعبدي فى المقام.

و هل يحتاج التنصيف الى تحالف المتنازعين فيما اذا لم يتفقا على الحلف أو عدمه فيه قولان، المشهور هو الاول لان كل منهما مدع بالنسبة الى نصف الاخر و مدعى عليه بالنسبة الى نصفه فيشملهما قوله‌ﷺ البينة على المدعي و اليمين على من ادعى عليه، و لفحوى ما دل على تحليفهما مع البينة فمع عدمها بطريق اولى، و عن جمع هو

---

١. *المصدر.*

الثاني و لعله لعدم كون كل منهما مدعيا و مدعى عليه، لان يد كل منهما على تمام العين و حينئذ فلا مدعي و لا مدعى عليه منهما ضرورة تساويهما فى ذلك الا ان الشارع قد جعل القضاء فى ذلك بان العين بينهما و منه يظهر لك عدم كون كل منهما مدعيا لنصف الاخر و مدعى عليه فى نصفه كي يتوجه التحالف كما قيل فالمتجه الغاء حكم يد كل منهما بالنسبة الى تحقق كونه مدعى عليه و يكون كما لو تداعيا عينا لا يد لاحد عليهما و لا بينة لكل منهما.[١]

أقول: لكن لو شك فى اعتباره يرجع الى اطلاق ما دلّ على حصر القضاء بالبينات و الايمان لعدم مقيد له فى المقام فافهم.

و عليه فان حلفا فهو، و ان حلف الاول ثم نكل الثاني ردت اليمين على الاول و لا يكفيه اليمين الاولى لانها كانت على نفي استحقاق صاحبه فيما هو بيده و اليمين المردودة على الاثبات، نعم لو نكل الاول فالظاهر كفاية حلف الاخر يمينا واحدة جامعة بين النفي و الاثبات لصدق الحلف عليهما و لا يعتبر تكرر لفظ الجلالة مثلا و لذا لم ينقل عن المشهور القائلين بالحلف الخلاف فيه.

الصورة الثانية: ان يكون لكل منهما بينة فى الفرض المذكور و الحكم فيها ايضا التنصيف من دون اقراع و ترجيح باعدلية او اكثرية بلا خلاف يجده صاحب الجواهر بعد القديمين.[٢]

و يقول الشهيد الثاني: لا اشكال فى الحكم كما لو لم تكن بينة، و قيل لان مع كل منهما مرجحا باليد على نصفهما فقدمت بينته على ما فى يده و قيل لان يد كل و أحد على النصف و قد اقام الاخر البينة عليه فيقضى له بما فى يد غريمه بناء على تقديم بينة الخارج فكل منهما قد اعتبرت فيما لا تعتبر فيه الاخرى و لذا لم يلحظ ترجيح

---

١. للاحظ: *الجواهر*، ص٤٠٣.

٢. لكن عن الرياض نسبة القول بالتنصيف فى فرض تساوى البينتين عدالة و عددا و تقييدا و اطلاقا الى جماعة من القدماء و حكمهم مع الاختلاف فيها للارجح و سنذكر فى المتن انه الاظهر فى الجملة.

بالعدد و العدالة، و هذا هو الاشهر، و تظهر الفايدة فى اليمين على من قضى له، فعلى الاول يلزم لكل منهما و على الاخرين لا يمين، لترجيح كل من البينتين باليد فنعمل بالراجح و لان البينة ناهضة باثبات الحق ـ على الثاني ـ فلا يمين معها.

أقول: لكن بعض القائلين بكل من القولين الاخيرين اعتبروا الحلف أيضا و ان كان المستفاد من الجواهر ذهاب المشهور الى عدم اعتباره.

و الحق اعتبار التحالف و الاظهر ان السبب في التنصيف هو التساقط بعد تساويهما دون ترجيح أحديهما على الاخرى، كل ذلك لموثقة اسحاق بن عمار عن الصادق‌عليه‌السلام: ان رجلين اختصما الى أميرالمؤمنين‌عليه‌السلام في دابة في أيديهما و أقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده فأحلفهما علي‌عليه‌السلام فحلف أحدهما و أبى الاخر أن يحلف فقضى بها للحالف، فقيل... [1] و اذا فرض ان احدى البينتين أكثر عددا و أقوى عدالة تقدم على الاخرى و قضى بها لاطلاق صحيح عبد الرحمن بطريق الصدوق فقط ـ عن الصادق‌عليه‌السلام: كان علي‌عليه‌السلام اذا أتاه رجلان (يختصمان) بشهود عدلهم سواء و عددهم، أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين و كان يقول اللهم... ثم يجعل الحق الذي يصير عليه اليمين اذا حلف [2] و اطلاق موثقة سماعة عن الصادق‌عليه‌السلام ان رجلين اختصما الى علي‌عليه‌السلام في دابة فزعم كل واحد منهما انها نتجت على مذوده و أقام كل واحد منهما بينة سواء في العدد فأقرع بينهما... [3] و القرعة لمستحق اليمين دون المال جمعا بينها و ما سبق.

و يظهر منها و من سابقتها كفاية كل من الاكثرية و الاعدلية في الترجيح و عدم

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص١٨٢. اقول قال المحقق الرشتى فى ص١٤٩ ج٢ من قضائه: ان التعبد برواية غير واضحة السند فى مقابلة القواعد العامة ـ البينة على المدعى و اليمين على من انكر ـ من غير عمل معتد به كما ترى!
أقول القاعدة العامة ثبتت بخبر واحد قابل للتخصيص و السند موثق معتبر فلا يفتقر اعتبار متنه الى عمل جمع كثير فهو اعلم بما قال.

٢. *المصدر*، ص١٨٣.

٣. *المصدر*، ص ١٨٥.

لزوم جمعهما فيه و عليهما يحمل اطلاق صحيح داود بن سرحان[١] و صحيح الحلبي.[٢]

ثم ان مقتضى الجمع بين موثقة عمار و هاتين الروايتين هو تخيير القاضي بين احلاف المتنازعين كما فيها و احلاف احدهما بالقرعة كما فيهما فاذا نكل رد على الاخر. و لكن الاحوط اختيار احلافهما و ترك القرعة لاحلاف أحدهما و سيدنا الاستاذ ذكر ان صحيحة عبد الرحمن مطلقة فتقيد بموثقة اسحاق المختصة بالمال فلا منافاة[٣] و فيه ما عرفت من عدم المنافاة و عدم وجه للتقييد.

و يمكن أن يقال بتخيير القاضي بين أمور ثلاثة أحلافهما معا و أحلاف أحدهما بالقرعة و اخراج المستحق بالقرعة من دون أحلاف كما لعله ظاهر موثقة سماعة.

و اما اعتبار الحلف في فرض ترجيح احدى البينتين ففيه تردد من ثبوته في فرض كون المال بيد أحد المتنازعين كما في صحيحة أبي‌بصير الاتية و الظاهر عدم الفرق بينه و بين المقام و من اختلافهما ملاكا. بقي في المقام أمران:

الاول ما في رواية السكوني عن الصادق عليه السلام:

قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجلين ادعيا بغلة فأقام أحدهما شاهدين و الاخر خمسة، فقضى لصاحب الشهود الخمسة خمسة أسهم و لصاحب الشاهدين سهمين.[٤]

أقول: للرواية سندان أولهما سند الكليني و هو ضعيف بالنوفلي على الارجح، و ثانيهما سند الشيخ و فيه محمد بن خالد البرقي ظاهرا و فيه كلام ذكرناه في كتاب الرجال، و على كل الاعراف أحدا قال بمضمونها، و لذا أول بعضهم السهام فيها بسهام القرعة دون سهام المدعى به.

الثاني يقول صاحب الجواهر رحمه الله بعد نقل موثقة اسحاق السابقة[٥] الا انه خبر واحد و في سنده ما فيه و المشهور نقلا و تحصيلا على خلافه فلا يصح مقيدا لما دل مما

١. *المصدر*، ص١٨٣.

٢. *المصدر*، ص ١٨٥.

٣. *مباني تكملة المنهاج*، ج١، ص٥٣.

٤. *الوسائل*، ج١٨، ص ١٨٥.

٥. *الجواهر*، ج٤٠، ص٤١٢.

تسمعه من النصوص و غيره على التنصيف بدونه أي بدون الحلف و تبعه غيره في رد الخبر.

أقول خبر الواحد حجة و ليس في سنده من يرد الخبر لاجله سوى غياث ابن كلوب الذي لم يوثقه النجاشي و الشيخ في كتابيه في الرجال لكنه موثق و ان كان عاميا لقول الشيخ في عدته: و لاجل ما قلنا عملت الطائفة بما رواه حفص ابن غياث و غياث بن كلوب و نوح بن دراج و السكوني و غيرهم من العامة.[1]

و نقل عنه أيضا: أجمعت العصابة على العمل بروايات السكوني و عمار و من ماثلهما من الثقات. (لكنني لم أجد هذه الجملة الاخيرة في عدته).

و ان كان نظر صاحب الجواهر الى الحسن بن موسى الخشاب فقد ذكر النجاشي في حقه انه من وجوه أصحابنا مشهور كثير العلم و الحديث و هذا يفيد صدقه جزما فان الكاذب و المجهول لا يكون من وجوه أصحابنا. و نحن لم نعرف له و لجملة من فقهائنا العظام ضابطا مضبوطا في قبول الروايات وردها و الله العالم.

و أما الشهرة فهي عندنا غير موهنة و لا جابرة، و العمدة هي الروايات المعتبرة سندا دون المراسيل و الضعاف و الشهرة و الاجماعات المنقولة و نحو ذلك.

الصورة الثالثة: ما اذا كانت العين بيدهما معا و كانت لاحدهما بينة ففيها تدفع العين لصاحب البينة بلا اشكال و الاظهر عدم اشتراطه بحلفه خلافا للسيد الاستاذ حيث أوجبه بحجة ان كلا من المتنازعين مدع و منكر كما سبق. فاذا كانت لاحدهما بينة فدليل حجية البينة و ان كانت يشمل بينة المنكر أيضا الّا أن ما دل على ان وظيفة المنكر هي اليمين يقتضي عدم الاكتفاء بالبينة وحدها فلا بد من حلفه أيضا في القضاء له.[2]

أقول: و لكنه مقيد بما دل على ان الرجل اذا قام البينة على حقه لا حلف عليه

---

١. تعرضنا لكلام الشيخ مفصلا فى كتابنا بحوث فى علم الرجال و هو الان تحت الطبع لثانى و كان اسمه أولا فوايد رجالية.

٢. *مبانى تكملة المنهاج*، ج ١، ص ٥٤.

كصحيح محمد بن مسلم و غيره.[١]

تنبيه: هذا كله اذا كان يد كل منهما على الجميع بالسوية و أما اذا كان بالتفاوت كما اذا فرضت يد احدهما على ثلثي العين و يد الاخر على ثلثها او ان احدهما تنتفع منها ثمانية أشهر و الاخر أربعة أشهر أو ان احدهما يأخذ ثلثي ربحها و الاخر ثلثه ففي هذا الفرض و نظايرها لا يقضى بالتنصيف بل بمقدار استيلاء اليد.

الصورة الرابعة: اذا كانت العين بيد احدهما و لم تكن لهما بينة اصلا فهي لذى اليد مع يمينه ان التمسها المدعي لانه منكر، فان نكل و حلف المدعى فهي له و ان نكل كانت العين لذى اليد، كل ذلك واضح غير محتاج الى البيان.

الصورة الخامسة: اذا كانت العين بيد احدهما و كانت لاحدهما بينة فان كانت البينة للمدعي تدفع العين اليه لتقديمها على اليد و ان كانت لذى اليد فالامر اوضح، و لكن هل عليه حلف من جهة انه منكر كما مر عن السيد الاستاذ و صرح به في المقام أيضا فيه نظر كما مر.

نعم لو قلنا بلغوية بينة المنكر و انه ليس له الا الحلف بطل الفرض و رجع الى الصورة الرابعة لكنه ضعيف لضعف ما استدلوا عليه كما يأتي في الصورة السادسة.

الصورة السادسة: اذا كانت على العين يد احدهما و اقام كل منهما بينة ففيه أقوال[٢] و المشهور شهرة عظيمة انه يقضى بها للخارج دون المتثبث.[٣]

ان شهدت لهما بالملك المطلق مع التساوى في العدد و العدالة و عدمه بل عن الخلاف و الغنية و السرائر و ظاهر المبسوط الاجماع عليه، و قيل بتقديم بينة الداخل و على الاول لا فرق عندهم بين الشهادة بالسبب و عدمه، و قيل بتقديم بينة الداخل ان شهدتا بالسبب و أما لو شهدت للتشبث بالسبب و للخارج بالملك المطلق فيقضى

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص١٧٧.

٢. انهاها النراقى فى محكى مستنده الى تسعة.

٣. *الجواهر*، ج۴، ص٤٦٠. اذ المراد بالداخل و الخارج فى كلامهم المدعى و المنكر لا خصوص ذى اليد و مدعيه و ان كانت النصوص مشتملة عليه.

لصاحب اليد سواء كان السبب مما لا يتكرر كانتج و نساجة الثوب أو يتكرر كالبيع و الصياغة خلافا لابن ادريس حيث قدم بينة الخارج حتى في هذا الفرض.

و استدلوا على الاول بالاجماع المنقول و خبر منصور عن الصادقعليه السلام ففي ذيله: و لا اقبل من الذي هي في يده بينة لان الله عز و جل أمر ان تطلب البينة من المدعى فان كانت له بينة و الا فيمين الذي هو في يده.[1]

لكنه لجهالة محمد بن حفص الواقع في سنده ضعيف غير حجة كالاجماع المنقول المستدل به على الاخير و قد استدل عليه برواية بن سنان[2] الضعيفة سندا و دلالة فمذهب المشهور ضعيف لا دليل عليه.

و الاقوى سقوط البينتين مع التساوى عددا أو عدالة و القضاء لذى اليد بحلفه كالصورة الرابعة بلا ترجيح لبينة الداخل أو الخارج و من غير فرق بين الشهادة بالسبب أو بالملك المطلق أو بالاختلاف لموثقة اسحاق المتقدمة ففيها: فقيل له: فلو لم تكن في يد واحد منهم و أقاما البينة؟ فقال: احلفهما فايهما حلف و نكل الاخر جعلتها للحالف فان حلفا جميعا جعلتهما بينهما نصفين، قيل فان كانت في يد احدهما و أقاما جميعا البينة؟ قال: اقضى بها للحالف الذي هي في يده.[3]

و أما اذا كان بينة احدهما أكثر أو اعدل فترجح على الاخرى فيقضى لصاحبها مع حلفه جزما لصحيح أبي‌بصير، ففيه: أكثرهم بينة يستحلف و تدفع اليه.[4]

و عليها تحمل معتبرة غياث فانها مطلقة من حيث الحلف و تساوي البينتين.

و لسيدنا الاستاذ تفصيل آخر، و هو ان ذا اليد ان انكر دعوى الاخر حكم له بالمال مع حلفه لمعتبرة اسحاق من دون اعتناء بالاكثرية و الاعدلية و ان لم ينكر بل ادعى انتقال المال اليه من غيره و لا يدري حقيقة الحال فمن كانت بينته أكثر عددا

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص ١٨٦.

٢. *المصدر*، ص ١٨٦.

٣. *المصدر*، ص ١٨٢.

٤. *المصدر*، ص ١٨١.

قضى له بحلفه و مع التساوي فيها أقرع بينهما فمن اصابته القرعة حلف و أخذ المال و ذلك لصحيحة أبي‌بصير.[1]

أقول: و هذا عجيب منه دام ظل و اليك نص الرواية: قال سألت أباعبد اللهعليه السلام عن الرجل يأتى القوم فيدعى دارا في ايديهم و يقيم البينة و يقيم الذي في يده الدار البينة انه ورثها عن أبيه و لا يدرى كيف كان امرها، قال:

اكثرم بينة يستحلف و تدفع اليه و ذكر ان علياعليه السلام اتاه قوم يختصمون في بغلة[2] فقامت البينة لهؤلاء انهم انتجوها على مذودهم و لم يبيعوا و لم يهبوا (و قامت البينة لهؤلاء بمثل ذلك) فقضى بها لاكثرهم بينة و استحلفهم.

فان صدر الرواية و ان اختص بفرض جهل ذي اليد بحقيقة الحال الا ان ذيله ظاهر في انكار ذي اليد و مع ذلك امر بترجيح الاكثر مع الحلف و هذا واضح.

ثم قال دام ظله: نعم اذا صدق المدعى صاحب اليد في دعواه الجهل بالحال و لكنه ادعى ان من انتقل منه المال اليه قد غصبه أو كان المال عارية عنده مثلا فان اقام البينة عليه حكم بها له و الا فهو لذى اليد.

أقول: و هذا لذيل الصحيحة المذكورة و نصه: فسألته حينئذ فقلت:

أرأيت ان كان الذي ادعى الدار قال: ان ابي هذا الذي هو فيها اخذ بغير ثمن و لم يقم الذي هو فيها بينة الا انه ورثها عن أبيه، قال: اذا كان الامر هكذا فهي للذي ادعاه و اقام البينة عليها. و ليس فيه فرض تصديق المدعى جهل ذي اليد فلاحظ و تأمل.

الصورة السابعة: اذا لم يكن العين المتنازع فيها تحت يد احد و لا بينة لهما فان رضيا بالقرعة فهو و الا فان حلف كلاهما فالمال بينهما بالمناصفة و ان حلف احدهما يقضى له بالمال، فان القضاء في فرض عدم البينة، بالايمان ففي صحيح سليمان عن الصادقعليه السلام: في كتاب عليعليه السلام ان نبيا من الانبياء شكا الى ربه فقال يا رب كيف اقضى فيما لم اره و لم أشهد؟ قال فأوحى الله اليه: احكم بينهم بكتابي واضفهم الى

---

۱. *الوسائل*، ج۱۸، ص۱۸۱.

۲. لابد من فرض الكلام بقرينة الاستشهاد فيما كانت البغلة فى يد احدهما.

اسمي فحلفهم (تحلفهم) به. قال هذا لمن لم تقم له بينة[١] و ان لم يحلفا ففيه الوجهان التنصيف بقاعدة العدل و الانصاف كما عن بعضهم و القرعة كما عن السيد الاستاذ.[٢]

الصورة الثامنة: اذا كان لاحدهما بينة فالمال له فان كلا منهما مدع فايهما اقام البينة قضى له.

الصورة التاسعة: ما اذا اقاما البينة فان حلفا أو نكلا جميعا فالمال بينهما نصفان و ان حلف أحدهما دون الاخر كان المال للحالف لموثقة اسحاق السابقة في الاول و الثالث و أما في الثاني أي نكولهما فلمعتبرة غياث عن الصادق عليه السلام أن أميرالمؤمنين اختصم اليه رجلان في دابة و كلاهما أقاما البينة انه انتجها فقضى به للذي في يده و قال: لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين.[٣]

يظهر منها التنصيف عند تعارض البينتين مطلقا نعم لا بد من تقييده بفرض عدم حلف احدهما و نكول الاخر لما عرفت.

ثم الظاهر لزوم مراعاة الترجيح بين البينتين في المقام أيضا و في جريان تخيير الحاكم بين الاحلاف و القرعة في فرض قبولهما للحلف وجه كل ذلك للاطلاق.

و اعلم ان صاحب الجواهر الحق هذه الصور الثلاث أي ما لا يد لاحدهما على العين بما اذا كانت بيد ثالث لاطلاق الدليل. و في تحرير الوسيلة: ولو لم تكن في يدهما و لا يد غيرهما و لم تكن بينة فالاقرب الاقراع بينهما و فيه أيضا و ان كان في يد ثالث أولا يد لاحد عليه فالظاهر سقوط البينتين و الرجوع الى الحلف أو الى التنصيف أو القرعة، لكن المسألة بشقوقها في غاية الاشكال... .

الصورة العاشرة: اذا تنازعا في عين عليها يد ثالث يقول لا ادري لمن هي فيجرى فيها ما تقدم في السابعة و الثامنة و التاسعة من دون ادنى فرق غير توجه اليمين الى

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص١٦٧.

٢. و اورد عليه فى *الجواهر* انه لا محل للقرعة لعدم ما يقتضى انحصار الحق فيهما كى يستخرج بالقرعة. ج٤٠، ص٤٠٩ اقول و سيأتى الكلام حول هذا القيد فى مباحث القرعة. و الظاهر صحة الايراد المذكور.

٣. *الوسائل*، ج١٨، ص١٨٢.

الثالث اذا ادعى أحد المتنازعين أو كلاهما علمه بالحال و ضمانه مع النكول، و استناد التلف اليه و كذا في الصور الاتية فافهم.

ثم الظاهر الحاق فرض اقرار الثالث بحقية احدهما لا بعينه بادعاء عدم العلم بالحال من حيث الحكم و النتيجة. اذ لا يتميز ذو اليد فكأن العين لا يد عليها من احدهما.

الصورة الحادية عشر: اقرار الثالث ذي اليد بانها لهما معا فيجرى فيها ما مر في الاولى و الثانية و الثالثة بعينه لان اقرار ذي اليد حجة فكأن العين في يدهما.[1]

الصورة الثانية عشر: اقرار الثالث انه لاحدهما بعينه فيجري فيها ما مر في الرابعة و الخامسة و السادسة لما عرفت.

الصورة الثالثة عشر: انكار الثالث انها لهما فان ادعى لنفسه فهو منكر و هما مدعيان فتارة تقوم البينة من جميع الاطراف و تارة من بعضها، فعلى الاول ان ترجحت احديهما على الاخرى فهو و الا تتساقطان و يحلف الثالث المنكر فان البينتين المتعارضتين كالعدم فان نكل رد عليهما فان حلفا يقسم بينهما المال و ان نكل احدهما دون الاخر دفع اليه و ان نكلا سقطت الدعوى و ان اقام احدهما البينة اخذه.[2]

و ان ادعى انها للغير فالغير قد يكون غاباء و قد يكون حاضرا مصدقا او مكذبا فيجرى عليه ما سبق.

و في المقام صور مركبة اخرى يفهم حكمها مما مرّ كما اذا كانت العين المتنازع

---

١. لكن اذا ادعى الغصب و قلنا بعدم حجية اقرار الغصب يدخل الصورة فى السابعة و الثامنة و التاسعة و اذا ادعى الامانة بالنسبة الى احدهما و الخيانة الى ثانيهما فيكون احدهما ذا يد على النصف و اما النصف الاخر فلا يد لاحدهما عليه.

٢. و فى *الجواهر*: فان نكل(الثالث عن اليمين فى فرض عدم البينة لاحد) فكما لا يد لاحد عليه، فان قلنا بالتحالف فيه فان حلفا أو نكلا اقتسماه و ان حلف احدهما خاصة كان له ج ٤٠ ص٤٠٩ اقول: هذا اذا انكر الثالث ملكيتهما للعين و لم يدعها لنفسه و اما ادعاها لنفسه و نكل ثم نكل المتنازعان أيضا كان المال لذى اليد وحده على ما مر و هذا مما لا خلاف فيه و لا اشكال.

فيها تحت يد أحد المتنازعين و ثالث أو بعضهما تحت يد ثالث و بعضها تحت يد احدهما أو كليهما و هكذا.

و اعلم ان المحكى عن المشهور أو الاشهر بل عن عامة المتأخرين و جماعة من القدمء المدعى عليه الاجماع ان العين المتنازع فيها اذا كانت بيد ثالث و كان لهما البينة قضى بارجح البينتين عدالة فان تساويا قضى لاكثرهما شهودا و مع التساوي عددا و عدالة يقرع بينهما فمن خرج اسمه حلف و قضى له ولو امتنع احلف الاخر و قضى له و ان نكلا قضى به بينهما بالسوية[1].

ثم نقل المحقق الحلي بعد عبارته هذه عن الشيخ تفصيلا اخر و لم يرتضه و ظاهرهم عدم الفرق بين اقرار الثالث لهما أو لاحدهما أو لغيرهما أو لنفسه أو دعواه الجهل بالحال نعم محل البحث هو وجود البينة للمتنازعين فقط. و الحق ما عرفت.

مسألة ٢٠٠: يتحقق التعارض بين الشاهدين و الشاهد و المرأتين مثلا لصدق اسم البينة على كل منهما و لا يتحقق بين الشاهدين و شاهد و يمين لعدم صدق اسم البينة على الاخير فلا يندرج حينئذ في النصوص السابقة و منه يعلم عدم تحققه بين الشاهد و الشاهدتين و بين شاهد و يمين و لا خلاف في المسألة الامن الشيخ في محكى مبسوطه و لا اشكال فيها الا من جهة ان لفظة البينة ليس لها حقيقة شرعية في لسان النبي و الائمة عليهم السلام بل هي مستعملة بمعناها اللغوي الاعم من معناها الاصطلاحى حتى في قوله صلى الله عليه وآله انما اقضى بينكم بالبينات و الايمان و غيره غاية الامر ارادة فرد خاص منها فيه و هو الشاهد ان مثلا و لا اقل من الشك و الاصل عدم نقلها عن معناها اللغوي.

و هذا هو الذي اخترناه سابقا و كتبناه في كتابنا (فوايد رجالية) الذي غيرنا اسمه عند الطبعة الثانية بعد اصلاحات و اضافات هامة ب (بحوث في علم الرجال) و هو

---

١. *الجواهر*، ج ٤١، ص ٤٢٤.

تحت الطبع في هذه الايام.[۱]

لكن المنكشف للمراجع الى روايات باب القضاءان اللفظة المذكورة أما موضوعة بالوضع الشرعى للمتعدد أو منصرفة اليه بلا اشكال.

فرع

اذا شهد شاهدان لزيد بالوصية و شهد شاهد بالرجوع و انه أوصى بما اوصى به اولا له لعمرو كان لعمرو ان يحلف مع شاهده كما نبه عليه المحقق رحمه الله فان عدم معارضة الشاهد و اليمين مع البينة انما هو مع اتحاد المشهود به بخلاف الفرض فانها شهادة منفرة لا تنافي الاولى فيعمل بكل منهما في مورده.

أقول: في المقام لنا بحث من جهتين:

الاولى ان الشاهد و اليمين و ان لم يكونا بينة بالوضع أو الانصراف الا انهما حجة شرعية فما المانع من تحقق المعارضة بينهما و بين البينة؟ و الروايات الواردة في تعارض البينتين لا تنفى ذلك لنظارتها الى خصوص تعارض البينتين فقط و لا جواب عنه عندي الا بتقديم البينة عليهما من جهة الترجيح بالاكثرية على ما اخترناه فلو لاه لكان تحقق التعارض بينهما غير ممنوع.[۲]

---

۱. و قد خرجت اخيرا من المطبعة الى المكتبات و لله الحمد.

۲. و بعد مدة وقفت على كلام للمحقق العراقى قال فى ص۱۳۳و ۱۳٤ كتاب قضائه: ... ان مجرد عدم صدق البينة على الشاهد و اليمين لا يقتضى عدم المعارضة بعد اطلاق دليله فى الاموال، بل حينئذ ربما يكون الشاهد و اليمين مقدما على الشاهدين فى فرض كونهما من جانب خارج اليد لانه وظيفة المدعى فى مقام الفصل بلا صلاحية الشاهدين من قبل ذى اليد للميزانية اصلا كما انه لا بأس بالاخذ بكليهما فيما لو كان المال بيدهما اذ كل منهما من حيث كونه من الخارج حجة ... و حينئذ فالتحقيق فى صورة كون المال فى يد ثالث غير مقر لاحدهما معينا او لا يد لاحد عليه الحكم بالتساقط بين الشاهدين و الشاهد و اليمين على ما هو التحقيق من كون الاخير أيضا ميزانا مستقلا للمدعى قبال البينة و اليمين... .

اقول: قد عرفت عدم ترجيح بينة الخرج على الداخل أو العكس فلا يقدم الشاهد و اليمين على الشاهدين، و العمدة انه اهمل الترجيح بالاكثرية فى هذا المقام.

الثانية ان لفظ البينة بمعناها اللغوي يشمل الثقة الواحد و العدل الواحد فضلا عما اذا نضم اليه اليمين أو امرأتان أو عادل آخر، لكن الظاهر من الروايات نقله الى غير معناه اللغوي العام و المتيقن من المعنى المنقول اليه هو الشاهدان الذكران و اما الشاهد و الشاهدتين ففي كونه معنى شرعيا له نوع تردد، فان في الروايات الواردة حول حجية شهادة الشاهد و الشاهدتين لم يطلق اسم البينة عليهما. كما لم يطلق على الشاهد و اليمين[1] فكيف يفرق بين الحجتين بجعل الاولى من البينة و صحة تعارضها مع الشاهدين دون الثاني؟

الا أن يقال ان المعنى المنقول اليه هو تعدد الشاهد ذكرا كان أو أنثى غاية الامر اعتبار رجل واحد فيها و حيث ان الشاهد الواحد مع اليمين غير متعدد ليس ببينة. لكنه مجرد قول لا دليل عليه، و دعوى الانصراف و التبادر و نحو ذلك غير مسموعة بعد عدم ثبوت اطلاق البينة على غير الشاهدين في لسان الشارع و هذا اشكال عسير باعتقادي فان تم الاشكال و لم ينحل يكون الشاهد و الشاهدتان حجة شرعية غير بينة في عرض البينة بل و في عرض الشاهد و اليمين مع الغض عن الترجيح بالاكثرية.

لكن في الصحيح عن يونس عمن رواه قال: استخراج الحقوق بأربعة وجوه بشهادة رجلين عدلين فان لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان فان لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدعي فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه[2].

ظاهر العبارة عدم حجية كل من التالي مع متلوه فلا يتحقق التعارض بينهما، خلافا للمشهور في الشاهدين و الشاهد و الشاهدتين على ما عرفت.

لكن الكلام في سند الرواية فان كان المراد من الموصول المجرور الامام عليه السلام بحيث رجع ضمير الفعل (قال) اليه فالسند معتبر. و ان كان المراد به أحد الرواة

---

١. لاحظ: الروايات *الوسائل*، ج١٨، ص١٩٣-ص١٩٩.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص١٩٨.

فالرواية مرسلة مضمرة فالسند ضعيف، نعم احتمال كونه مقطوعا تبعده جلالة شأن يونس فتأمل.

و هنا رواية أخرى و هي صحيحة دود بن الحصين عن الصادق‌عليه السلام و في آخرها: فقلت: فاني ذكر الله تعالى: فرجل و امرأتان فقال ذلك في الدين فذا لم يكن رجلان فرجل و امرأتان و رجل واحد و يمين المدعي اذا لم يكن امرأتان قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه و آله[1].

لكن في دلالتها على عدم حجية كل من الاخيرتين في فرض تعرضه مع الاولى نظر فانها انما تدل على عدم جواز اقامة الثالث مع امكان الاول أو الثاني و الثاني مع امكان الاول فقط و أما اذا اقامها صحيحا فتعارضت به بينة الطرف الاخر و ان كان رجلان فلا دلالة للرواية على عدم حجيتها فلاحظ و تأمل ثم الظاهر عدم ترتب ثمرة عملية على كون الشاهد و الشاهدتين مصداقا للبينة و عدمه لتحقق التعارض بينه و بين الشاهدين و لا اكثرية مع الاخر حسب الفرض.

مسألة ٢٠١: اذا امتنعت القسمة في المدعى به لبطلان الاشتراك فيه كما اذا تنازعا في زوجة، يرجع الى القرعة بلا خلاف و لا اشكال بل قطعا كما قيل، و عن الشهيد الثاني انه لا يمين هنا اذ فائدتها القضاء للاخر مع النكول و هو منفى هنا و لم يعلم وجهه لامكان القضاء للاخر مع يمينه عند نكول صاحب القرعة و لا نافي له، و انما المنفي هو التنصيف قبل القرعة أو بعدها مع نكول المتنازعين معا عن الحلف فتنفي عنهما معا فالعمدة هو النظر الى اطلاق دليل الحلف، فان ثبت ـ كما هو كذلك، لصحاح داود و عبد الرحمن و الحلبي[2] ـ فلا بد من الالتزام به.

مسألة ٢٠٢: المرجح لاحدى البينتين المتعارضتين على الاخرى امران الاكثرية العددية و الاعدلية كما يستفاد من صحيح عبد الرحمن و لا يعتبر اجتماعهما معا بل يكفى

---

١. *المصدر*، ص ٢٦٦.

٢. *المصدر*، ص١٨٣وص ١٨٥.

للترجيح مجرد الاكثرية كما في صحيح أبيبصير و موثقة سماعة و الظاهر كفاية الاعدلية أيضا له.

و اذا فرضت الاكثرية في أحداهما و الاعدالية في الاخرى فالظاهر عدم الدليل على الترجيح و على كل لا يتعدى منهما الى غيرهما فلا تتقدم الشهادة بسبب الملك على الشهادة بمطلق الملك كما قيل لعدم النص.

مسألة ٢٠٣: اذا شهدت احداهما بقدم الملك و الاخرى بحادثه في العين الخارجة من ايديهما فقالت الاولى انها لزيد من سنتين لحد الان و الاخرى انها لبكر من سنة فان علم ان مستند البينة الاولى هو الاستصحاب تقدم الثانية عليها لانقطاع الاستصحاب بالبينة فان لم يعلم تساقطان للتعارض في السنة الاخيرة و حيث ان شهادة الاولى على الملكية في السنة الاولى لا معارض لها يحكم بها لمالكها فله مطالبة الاجرة من المتصر بل تستصحب الى زمان الحاضر فيقضى له اذ لا مانع له سوى البينة الساقطة بالمعارضة و هذا هو المنقول عن المشهور خلافا لجمع و يؤيده ذيل رواية بن سنان في الجملة لكنها ضعيفة سندا بعلي بن مطر خلافا لصاحب الجواهر حيث عبر عنها بالصحيحة.

نعم اذا شهدت الثانية بالاشتراء قدمت على الاولى فانه يفهم انها اطلعت على ما لم تطلع عليه الاولى فافهم.

ولو اطلقت احداهما و ارخت الاخرى قيل تقدم المطلقة مع العلم باستناد المورخة الى الاستصحاب و أما اذا لم يعلم فالمتجه العمل بالاستصحاب أيضا اقتصارا في تساقطهما على ما علم تعارضهما فيه و هو الملك في الحال فيبقى غيره مستصحبا، و قيل تساوتا لاحتمال الاطلاق هذا التاريخ و غيره زائدا أو ناقصا فلاحظ و تأمل.

تتمة

ترجيح احدى البينتين على الاخرى في موارد:

١. الاكثرية.

٢. الاعدلية.

٣. الشهادة بسبب الملك على الملكية المطلقة كما قيل.

٤. الشهادة عن علم على الشهادة بالاستصحاب و نحوه ان صحت في نفسها.

٥. الشهادة بالملكية الفعلية مقدمة على الشهادة على الملكية السابقة.

٦. الشهادة بالملك مقدمة على الشهادة بالتصرف و اليد.

٧. الشهادة المطلقة على المورخة مع العلم باستناد المورخة الى الاستصحاب كما قيل.

٨. بينة الخارج مقدمة على بينة الداخل كما عن المشهور.

٩. بينة الداخل مقدمة على بينة الخارج كما قيل.

و مما سبق و يأتي في هذا الكتاب يعرف حال اعتبار هذه الوجوه و عدمه.

و أما البحث عن تعارض هذه الوجوه بعضها مع بعضها فالبحث فيه طويل لا يسعه هذا المختصر و قد تعرض له المحقق الرشتي[١].

مسألة ٢٠٤: اذا تنازعا في دين على ثالث فهو أما ينكر أو يدعى جهله أو يقول أنه لغيرهما أولهما على التساوي أو على التفاوت أو لاحدهما بعينه أو لا بعينه على نحو ما مر في العين.[٢]

فعلى الاولين يحلف المدعى عليه على العدم أو على عدم علمه ان لم يكن لهما بينة و ان نكل فان حلف احدهما يثبت الدين له و ان حلفا معا فالظاهر هو التنصيف لبطلان الترجيح بلا مرجح و عدم امكان الجمع بينهما بغيره و عليه بناء العقلاء أيضا فافهم و يحتمل القرعة بعد حلفهما.[٣]

و ان كانت لاحدهما بينة يقضى له و هل للمدعى الاخر احلاف المنكر؟

---

١. ص٢٢٧ و ما بعدها من الجزء الثانى من كتاب قضائه المطبوع بمطبعة قيام في بلدة قم المقدسة.

٢. محل البحث وحدة المدعى به كما اذا ادعيا ثمن الدار التى اشتراها المدعى عليه بدعوى كل منهما ان الدار له.

٣. مع فرض انحصار الحق فى المتنازعين كما مر فى ص١٠١.

فيه وجهان: الاشبه العدم لان الحق ثبت لغيره بحجة شرعية على الفرض فلا يحق له الدعوى بعدها.

و ان كانت لكل منهما بينة فالحق تساقطهما مع التساوي و يحلف من اصابه القرعة فيقضى له لصحيح عبد الرحمن و صحيح داود و صحيح الحلبي فانها مطلقة تشمل الدين و العين.

و كذا الحكم على الثالث سواء عين الغير ام لا صدقه الغير المذكور ام كذبه، و على الرابع يستحق كل منهما النصف للاقرار[1] ول كل منهما احلاف المدعى عليه ان ادعى علمه كما ان لكل منهما احلاف صاحبه اذ يصبح منكرا بالنسبة الى ما اخذه من النصف و ان اقاما البينة لم ينفع لتساقطهما مع التساوي فيقرع الحاكم لاخراج مستحق الحلف فيدفع الحق اليه بحلفه فان حلف رد الى صاحبه و ان نكلا فالتنصيف.

و ان اقام احدهما البينة يأخذ الكل و ان دفع المديون نصفه الى الاخر و لا يرجع اليه عملا باقراره.

و على الخامس يجب عليه دفع الحق الى المقر له و للاخر احلافه ان ادعى علمه، و ان اقام بينة يأخذ الكل و لا يرجع المدعى عليه الى المقر كما مر.

و ان اقاما معا البينة فالحكم كما مر، فان خرج القرعة باسم المقر له و حلف أخذ حقه و ان خرج باسم صاحبه و حلف و أخذ الحق وجب على المدعى عليه دفع ما اقر به للمقر له، و اما اذا أخذ الحق غير المقر له باليمين المردودة ففي وجوب دفعه الى المقر له اشكال، من الاقرار و من استناد الاتلاف الى المقر له نعم اذا كان له عذر شرعي في ترك الحلف لا يبعد وجوب الدفع اليه فتأمل.

و على السادس يدفع الى من خرج القرعة باسمه مع يمينة ان اقاما بينة و الى احدهما ان اقامها و للاخر احلافه ان ادعى علمه و مع عدم البينة فيه وجهان التنصيف بعد التحالف و القرعة و لعلها الاظهر[2] ان لم يصالحا على التقسيم هذا بالنسبة الى

---

١. لو اقر الثلثين لاحدهما و الثلث للاخر مثلا يدفع الثلثين الى صاحبهما و الثلث الى صاحبه و هكذا.

٢. مع فرض انحصار الحق فى المتنازعين كما مر.

حسم مدة النزاع و أما تكليف المقر في نفسه ففيه بحث معروف من ان الواجب عليه ما هو؟ تحصيل البرائة اليقينية بدفع الحق الى كل منهما؟

أو التنصيف لاجل قاعدة العدل و الانصاف؟ أو الرجوع الى القرعة؟ أو تخييره في دفعه الى ايهما شاء؟ أو معاملة المجهول المالك معه؟

ولو أقر رابع بان الدين المتنازع فيه في ذمته لا في ذمة المدعى عليه لم تندفع الخصومة عنه اذا لم يصدقا المقر و لا بد من العمل حسب اقراره.

ثم لا يخفى انه اذا تعارضت البينتان في الدين لا يصح احلاف الحاكم المتنازعين للتنصيف كما قلنا به في العين بل يتعين هنا القرعة لاخراج الحالف و ذلك لاختصاص ما دل على الاحلاف بالعين و عموم دليل القرعة فلذا قلنا في العين بتخيير الحاكم بينهما و بعدمه في الدين.

احكام الاختلاف فى العقود[١]

مسألة ٢٠٥: اذا تنازع الزوجان في العقد فادعي أحدهما الانقطاع و الاخر الدوام فان كانت البينة لاحدهما فهو و ان كانت لهما تقدم أكثرهما عددا أو عدلا و مع التساوي تسقط و تخرج الحالف بالقرعة كما تقدم و هكذا في المسائل الاتية.

و ان لم تكن لها بينة فيمكن ترجيح قول مدعي الدوام لوجهين.

١. اصالة عدم ذكر الاجل في العقد بناء على ان عدم ذكره مطلقا ولو مع قصد الانقطاع يوجب انقلابه الى الدائم فعلى مدعي الانقطاع اثبات ذكر الاجل، أو نقول المحتاج الى اعتبار المدة هو عقد الانقطاع دون الدوام للزوم ذكرها فيه دونه و مع الشك يحكم بعدمه فيثبت العقد الدائم. اما الاول باقرارهما و اما الثاني فباصالة عدم اعتبار المدة الذي هو معنى الدوام.

٢. اصالة دوام الزوجية بعد ثبوتها باعترافهما حتّى يثبت المخالف عدمه. ورد بأن

---

١. الفرق بين هذا و العنوان السابق معلومية المالك هنا و مجهوليته هناك فتأمل.

اصالة عدم اعتبار الزوجية الدائمة ترفع الشك و بها يحرز عدم الزوجية في الزايد على المقدار المتفق عليه.

و يمكن ترجيح قول مدعي الانقطاع أيضا بوجهين:

١. اصالة عدم اعتبار الزوجين المدة الزايدة عن المتفق عليها.

٢. ان مدعي الدوام هو الذي يطالب الاخر بشيء ما و مدعي الانقطاع هو المنكر و القول قوله مع يمينه حتى يثبت المدعي دعواه.

و منه يظهر الحال اذا وقع النزاع بين ورثة الزوجين.

مسألة ٢٠٦: اذا ادعى زوجية امرأة بلا بينة فله احلافها و احلاف زوجها الذي تعترف بزوجيتها له فان حلفت فلا حق له في احلاف زوجها لسقوط الدعوى و اما اذا استحلف الزوج او لا ففي سقوط الدعوى و عدم جواز استحلاف الزوجة نوع تردد و الاشبه السقوط كصورة نكول الكل. و اذا اقام المدعي بينة على انها زوجته و اقامتها على عدمها و اقامها الزوج على انها زوجته تسقط بينة المدعي لترجيح بينتهما بالاكثرية لان بينة الزوج بمدلولها الالتزامي تتحد مع بينة الزوج في مدلولها المطابقي.

مسألة ٢٠٧: اذا تنازعا في زوجية امرأة منكرة أو جاهلية بها، فان أقاما بينة فقد مر حكمها مرارا لكن الكلام فيما اذا لم يحلف من ترجح بينته أو اصابته القرعة فهل يجوز للاخر ان يحلف أو يرد اليمين عليها و مع نكولها يرد عليه أو لا يرد عليه أصلا كما هو ظاهر سيدنا الاستاذ فحكم بعدم ثبوت الزوجية بنكول الاول لسقوط البينتين بالتعارض؟ و الاظهر عند نكول صاحب القرعة أو البينة المرجحة عن الحلف يسقط دعواه، و اما الاخر فكأنه لا بينة له فتحلف هي على العدم أو على عدم العلم، فان ردت و حلف قضي له و ذلك لاطلاق ما دل على اثبات الحق بيمين المنكر و اليمين المردودة منه.[1]

و اذا لم تكن لهما بينة فان حلفت فهو و ان ردت و حلف أحدهما فيقضي له و ان

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص ١٧٦.

حلفا فالظاهر الرجوع الى القرعة و في اعتبار الحلف الثاني بعد القرعة نظر. و يحتمل ـ على بعد ـ الرجوع الى القرعة بعد نكولها و قبل حلفهما فيحلف من اصابته القرعة.

مسألة ٢٠٨: اذا اختلفا في عقد فكان الناقل للمال يدعي البيع و كان المنقول اليه المال يدعي الهبة فان كانت عين المال باقية و لم يكن المنقول اليه ذا رحم أو لم يدع الهبة المعوضة التي ثبت تعويضها فجاز لمدعي البيع أخذها فانه على البيع له الفسخ من جهة عدم رد الثمن و على الهبة له الرجوع لجوازها و كذا اذا ادعى المنقول اليه الهبة المعوضة و لم يثبت التعويض.

و اما اذا تلفت العين أو كان المنقول اليه ذا رحم فيما ان مدعي البيع يدعي اشتغال ذمة الاخر فهو مدع فعليه الاثبات و الا حلف الاخر ان استحلفه، و اذا انعكس الامر فادعى الناقل الهبة و ادعى المنقول اليه البيع مع فرض بقاء المال و غير الرحم و عدم اثبات التعويض فعلى الناقل الاثبات لانه يدعي زوال ملكية الاخر بمجرد رجوعه و مع عدمه فالقول قول مدعي البيع مع حلفه ان شاءوا ما مع فرض عدم أحد تلك الامور الثلاثة فلا أثر لدعوى الهبة كما لا يخفى.

مسألة ٢٠٩: اذا ادعى المالك العارية و الاخر الاجارة فالقول قول المالك لان الاخر يدعي ملكية المنفعة و استحقاق ابقاء العين عنده الى انقضاء المدة فعليه الاثبات و ان أقاما بينة فيحلف من رجح بينته أو أصابته القرعة فان نكل ردّ على الاخر فان حلف يقضي له.

و ان ادعى المالك الاجارة و الاخر العارية فان قلنا باصالة الضمان في الاموال فعلى مدعي العارية الاثبات و الا يجب عليه أجرة المثل ان لم يثبت قول المالك و ان لم نقل به لعدم اطلاق أو عموم في البين[١] فالقول قول الاخر الا أن يثبت المالك اشتغال ذمة القابض بالاجرة.

---

١. الضمان يثبت بالالتزام به بعقد أو بالاستيلاء بغير اذن المالك كما قال الاستاذ و لكن يمكن أن يقال انه يثبت أيضا بالتصرف فى مال الغير من غير اسقاط الاجرة فعلى مدعى العارية اثباته.

و يمكن أن نستدل على اصالة الضمان فيها بمعتبرة اسحاق بن عمّار قال سألت أباالحسنعليه السلام عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندي وديعة و قال الاخر: انما كانت لي عليك قرضا. فقال: المال لازم له الا أن يقيم البينة انها كانت وديعة.[1]

و لا موضوعية لخصوصيات المورد عرفا فكما نعمل بها في موردها كذلك في المقام و غيره و الجمود في أمثال المقام غير محمود و المقام محتاج الى مزيد تتبع و تفحص.

مسألة ٢١٠: اذا ادعى المالك ان المال الموجود قرض و يدعي القاضي انه وديعة فهو كالفرض المذكور في الموثقة السابقة (في المال التالف) فيقدم قول المالك لما عرفت، و لظاهر موثقة اخرى لاسحاق عن الصادقعليه السلام في رجل قال لرجل: لي عليك ألف درهم فقال الرجل: لا و لكنها وديعة، فقال أبوعبد اللهعليه السلام: القول قول صاحب المال مع يمينه.[2]

ولو كن المال تالفا لقال: و لكنها كانت وديعة. فدلالتها على وجود المال غير خفية لا يقال: لا بد من حملها على التالف حيث ان الدرهم مثلي فلو كانت الدراهم موجودة لم يكن أثر يترتب على الدعوى اذ ليس لمدعي القرض الامتناع عن قبول المال الموجود. كما ذكره السيد الاستاذ و حيث انه قصّر الروايتين معا على التالف قال: و اما اذا كان المال موجودا أو كان قيميا فالقول قول من يدعي الوديعة حتى يثبت مدعى القرض اشتغال ذمة الاخر بالقيمة.

فانه يقال لا ملزم للحمل المذكور لعدم حصر الاغراض فلعل المالك و القابض متفقان على عدم النقل فعلا و انما يتداعيان للضمان و عدمه في فرض التلف أو لغير ذلك.

---

١. *الوسائل*، ج ١٣، ص ٢٣٢.

٢. *المصدر*، ص ١٣٩.

مسألة ٢١١: اذا ادعى المالك ان المال وديعة و ادعى القابض انه رهن ففي صحيح بن مسلم عن الباقر عليه السلام انه يقدم قول مدعي الوديعة و على مدعي الرهن البينة، و لكن في الروايتين المعتبرتين عن الصادق عليه السلام عكسه[١] و جمع سيدنا الاستاذ بينهما بحمل الاخيرين على فرض ثبوت الدين و غيره مما يصح عليه الرهن و الاول على فرض عدم اثباته و ليس وجه الجمع ظاهرا حتى بملاحظة رواية المروزي[٢] فانها ضعيفة على الاصح و مع فرض تساقطهما بالتعارض يقدم قول مدعي الوديعة مطلقا الا أن يثبت الاخر للرهن.

مسألة ٢١٢: اذا ادعى المالك الاجارة و ادعى القابض البيع فعليه اثبات ملكية العين و مع عدمه يقبل قول مدعي الاجارة بيمينه.

يقول السيد الاستاذ دام ظله: هذا اذا اتفقا في مقدار العوض او كان الثمن على تقدير البيع اكثر و الّا كان المورد من موارد التداعي فيحكم بالانفساخ مع التحالف، فان ملكية المنفعة لمدعي البيع و ان كانت متفقا عليها الا ان ما يملكه مدعي الاجارة على مدعي البيع مجهول فكل منهما يدعي على الاخر شيئا و هو ينكره. فان مدعي البيع يدعي ملكية العين و الاخر ينكرها و مدعي الاجارة يدعي أجرة على مدعي البيع و هو ينكرها فان لم يثبت شئ من الدعويين بيّنة أو حلف حكم بالانفساخ انتهى فتأمل فيه.

مسألة ٢١٣: اذا اختلف المتبايعان في زيادة الثمن و نقصانها مقتضى القاعدة تقديم قول من يدعي النقيصة حتى يثبت الاخر زيادتها، لكن المشهور المدعي عليه الاجماع تقديم قول مدعي الزيادة اذا كانت المبيع موجودا لمرسلة البزنطي و لصحيحة عمر بن يزيد عن الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله:

ان التاجران... و هما بالخيار ما لم يفترقا فان اختلفا فالقول قول رب السلعة.[٣]

---

١. *المصدر*، ص ١٣٦.

٢. *المصدر*، ص ١٤٠.

٣. *المصدر*، ج ١٢، ص ٣٨٣.

استظهر الاستاذ منها فرض بقاء العين فما لم يفسخ العقد يقدم قول البائع لكن الاستظهار المذكور غير واضح، نعم مرسلة البزنطي تدل على المراد دلالة واضحة.

مسألة ٢١٤: اذا ادعى المشتري شرطا أو زيادة في المبيع أو في الاجل و نحو ذلك فالقول قول البائع المنكر مع يمينه، و أما اذا اختلفا في جنس المبيع أو جنس الثمن كان من موارد التداعي، فان لم تثبت دعوى أحدهما بينة أو حلف حكم بالانفساخ.

مسألة ٢١٥: اذا اتفقا في الاجارة و اختلفا في الاجرة زيادة و نقيصة، فالقول قول مدعي النقيصة لاصالة عدم الزيادة الا أن يقيم مدعيها البينة عليها و ان أقاما بينة فالحكم ما تكرر في المسائل السابقة. و كذا اذا اختلفا في العين المستأجرة زيادة و نقيصة مع الاختلاف في الاجرة أو اختلفا في المدة كذلك مع الاتفاق في الاجرة و العين.

كل ذلك واضح لا غبار عليه، و قد نقل الشهرة على المورد الاول أيضا.

و لكن للشيخ الطوسي و من تبعه و للمحقق الحلي و صاحب الجواهر كلمات لا تفهم حق الفهم و لعل المطالع يتعجب من بعضها، و الحق ان حكم المسألة واضح كما عرفت، و كل ما قيل بخلافه لم يزدها الا ابهاما و اغلاقا[١] و الله العالم.

مسألة ٢١٦: اذا اختلفا في مال معين و ادعى كل منهما انه اشتراه من زيد و أقبضه الثمن، فان كذبهما حلف لها و اندفعا عنه و ان أقر لاحدهما دفع له العين و للاخر احلافه فان نكل و حلف الاخر المذكور غرم له القيمة أو الثمن و كذا ان أقر له بعد اقراره للاول الا أن يصدقه الاول فيدفع العين اليه، ولو أقر لكل منهما ببعضه متساويا أو مختلفا حكم به لهما، و لكل منهما احلافه، و ان أقر لاحدهما لا على التعيين أو قال لا أدري أو سكت جرى عليه حكم دعويين على مال لا يد لاحدهما عليه، و قد مر في الصورة السابعة. و نقل الجواهر عن كشف اللثام التقارع في الاول و سكت عليه و الحق ما عرفته سابقا.

---

١ لاحظ: *الجواهر*، ج ٤٠، ص ٤٥٦-٤٦١.

و ان أقر لاحدهما و أقام الاخر البينة دفع المدعي به له و غرم المقر للاول القيمة أو ما أخذه منه لنفوذ اقراره. ولو أقر لهما أو كذبهما أو سكت و أقسام أحدهما البينة قضي له و للاخر احلافه ان ادعى علمه بأن العين كلها له فان نكل دفع الثمن كله و ان حلف دفع نصفه لاقراره، و ان أقاما البينة فان اعترف البايع لاحدهما فالحق له مع يمينه لما مر في الصورة السادسة في بعض المسائل المتقدمة و للاخر احلاف البائع ان الغينا بينته مطلقا و ان قلنا بصحتها في خصوص اقباض الثمن فللاخسر الرجوع الى أخذه و هذا غير بعيد. و ان اعترف لهما يحكم بالتنصيف لهما مع اليمين لما مر في الصورة الثانية، و يرجع كل منهما على البابع بنصف الثمن. و أما اذا نكل أحدهما و حلف الاخر حكم له بالمال كله و هل هو يستحق نصف الثمن على البايع أو كله؟ فيه بحث يأتي. و ان انكر عليهما فقد مر الحكم في الصورة الثالثة عشرة و تفصيله ما ذكره السيد الاستاذ:[1]

و ان أقام كل منهما البينة أو لم يقيما جميعا توجه الحلف الى البايع، فانه المدعي عليه اذا لم تكن بينة أو كانت متعارضة، فان حلف على عدم البيع من كل منهما سقط حقهما[2] و ان حلف على عدم البيع من أحدهما سقط حقه خاصة و ان نكل ورد الحلف اليهما فان حلفا معا قسم المال بينهما نصفين[3] فانه اذا كان لكل منهما بينة كان التنصيف بمقتضى تعارض البينتين على ما تقدم و ان لم تكن لهما بينة من جهة الحلف القائم مقام البينة و ان سكت المدعي عليه اذا دعى جهله بالحال فبعد تساقط البينتين يحكم بالتقسيم بينهما مع اليمين و لا يستحلف المدعى عليه الا اذا ادعى أحدهما أو كلاهما علمه بالحال فيستحلف. فان نكل أحدهما سقط حقه أو كلاهما سقطت الدعوى[4] و قد مر دليل الفرض في الصورة العاشرة و التاسعة.

---

١. *مبانی تکملة المنهاج*، ج ١، ص٦٨.

٢. و المراد بالحق هو ثبوت البيع دون الثمنين لعدم تعرض البينتين فيهما فيلزم المدعى عليه بردهما عليهما و كذا يجب عليه رد الثمن على أحدهما فى الفرض الاتى.

٣. و يرجعان على البائع بنصف الثمن لما مر.

٤. و أما رد الثمن فكما مر.

هذا كله اذا كان المال بيد البائع و أما اذا كان بيدهما أو بيد أحدهما فيفهم حكمه مما مر هذا هو المناسب بحسب الادلة لكن في الشرائع و شرحها الكبير[١] حكم في فرض تعارض البينتين بالقرعة من دون تفصيل بين اعتراف البايع أو انكاره مطلقا أو بالنسبة لاحدهما أو سكوته و غيره فحكم لمن أصابته القرعة مع يمينه، و نسبه الى المشهور، ثم نقل الشارح عن كشف اللثام احتمال الاقتسام للتعارض و احتمال التساقط فيحلف الثالث لهما لو اكذبهما... .

ثم قال في الجواهر و شرحها: و على كل حال يلزم البايع اعادة الثمن على الاخر لان قبض الثمنين ممكن فتزدحم و تجتمع البينتان فيه بخلاف عقد البيع، ولو نكل من أخرجته القرعة حلف الاخر ولو نكلا قسمت بينهما و لكن يرجع كل منهما بنصف الثمن الذي دفعاه الى البائع المفروض قبضه للثمنين.

أقول: اذا كان حرمان أحدهما أو كليهما عن تمام الحق أو بعضه مستندا الى ترك اليمين يشكل معه غرام البايع به و كذا يشكل فسخ البيع بخيار تبعض المبيع نعم اذا كان التبعض غير مستند الى ترك اليمين توجه الخيار المذكور.

ولو فسخ أحدهما فهل للاخر أخذ الجميع أم لا فيه وجوه.[٢]

مسألة ٢١٧: اذا ادعى كل من الشخصين مالا في يد الاخر و أقام كل منهما البينة على ان كلا المالين له حكم بملكية كل منهما ما في يده مع يمينه، و استدل على ذلك بذيل موثقة اسحاق السابقة.[٣]

و في الجواهر: و مما يتفرع على ذلك انه لو كان المتخاصمان في بعضي الذبيحة المنفصلين كافرا و مسلما حكم بكون ما يقضي به للكافر ميتة و للمسلم مذكى، و ان كان كل واحد من الجزئين انتزعه من الاخر عملا بظاهر اليد المعتبرة شرعا، و لا يقدح في ذلك اليد السابقة بناءا على تقديم بينة الخارج بل لعل... .

---

١. *الجواهر*، ج ٤٠، ص ٤٦٤.

٢. *المصدر*، ص ٤٦٦.

٣. *الوسائل*، ج١٨، ص١٨٢.

الحكم كذلك في الجزئين المتصلين ضرورة اتحاد المدرك فيهما. أقول: و فيه نظر.

مسألة ٢١٨: المنسوب الى المشهور المدعي عليه الاجماع انه اذا تداعى الزوجان متع البيت فما يصلح للرجال للرجل و ما يصلح للنساء للمرأة و ما يصلح لهما يقسم بينهما بعد التحالف أو النكول.

و ذهب جمع الى حلف كل منهما لصاحبه كغير المتاع مما يتداعى فيه اثنان مثلا و كان في أيديهما و استدل للمشهور بصحيحة رفاعة عن الصادقعليه السلام: قال اذا طلق الرجل امرأته و في بيتها متاع فلها ما يكون للنساء و ما يكون للرجال و النساء قسم بينهما، قال: و اذا طلق الرجل المرأة فادعت ان المتاع لها و ادعى الرجل ان المتاع له، كان له ما للرجال و لها ما يكون للنساء[1] و ليس في المسألة غيرها رواية معتبرة سندا و دلالة يستدل بها اذ رواية يونس لجهالة طريق الشيخ الى ابن فضال ضعيفة و موثقة سماعة مجملة تقريبا.

أقول العمدة هو ذيل الرواية فنحكم لاجله بأن ما للرجال للزوج و ما للنساء للزوجة اذا تداعيا و لم يقيما بينة أو أقاما بينة متساوية و أما تقسيم ما يصلح لهما بينهما فلم أجد عليه دليلا معتبرا و أما صدر الصحيحة فهو ظاهر ـ خصوصا بقرينة ذيلها في بيان الحكم الواقعي دون فرض الترافع و القضاء و لا أدري هل به قائل من الامامية أو لا؟ فيرجع فيما لهما الى القواعد العامة بل لا يترك الاحتياط مهما أمكن في مدلول ذيل الصحيحة لمكان صدرها.

نعم اذا جرت العادة باهداء المتاع من بيت الزوجة كان القول قولها مطلقا حتى فيما يخص الرجال تقديما للظاهر على الاصل حتى يثبت خلافه لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادقعليه السلام فلاحظه بطوله.[2]

---

١. *المصدر*، ج١٧، ص ٥٢٤.

٢. *المصدر*، ص٥٢٣.

و لا ادري هل يوجد بما ذكرته من التفصيل قائل ام لا؟ و الله الهادي، و على كل مقتضى الاطلاق عدم اشتراط التصرف أو الاستيلاء في الحكم المذكور نعم قيل باعتبار عدم يد الاخر عليه فلو فرض ان المتاع الخاص بالنساء كان في صندوق الرجل و تحت يده أو العكس يحكم بملكية ذي اليد.

أقول: اطلاق الرواية يشتمل الفرض، نعم اذا اثبت مع ذلك خروج المتاع عن يد الاخر يحكم له عملا بالقاعدة بعد انصراف الرواية عنه و لعله مراد القائل و بالجملة مجرد استيلاء يد احدهما في مال البيت مع عدم احراز عدم يد الاخر لا يوجب الخروج عن اطلاق الرواية فلاحظ و الله العالم.

ثم انه لا يتعدى من مورد الرواية الى غيره بل يقدم الاصل على الظاهر في كل ما لم يثبت خلافه بدليل معتبر، و منه يظهر المنع فيما حكى عن العلامة من انه لو كان في محل عطار و نجار فاختلفا في المتاع حكم لكل بآلة صناعته ولو كان الخياط في د ار غيره فتنازعا في الابرة و المقص حكم بهما للخياط لقضاء العادة باستصحابهما معه و هكذا. و الاقوى هو الرجوع الى القواعد الاولية.

مسألة ٢١٩: اذا ادعى أبوالزوجة الميتة ان بعض ما عندها من الاموال عارية فالمشهور على توقف اثباته على اقامة البينة حسب القاعدة المطردة و قيل يقبل قوله تخصيصا للقاعدة لاجل مكاتبة جعفر بن عيسى الى الهادي عليه السلام مصرحا فيها بعدم قبول دعوى زوجها أو والدي زوجها ذلك.[1]

أقول ضعّفها المحقق في الشرايع و صححها سيدنا الاستاذ و هذا هو الظاهر من الجواهر أيضا. لكن العمدة في اعتبار الرواية و عدمه هو جعفر بن عيسى الذي وثقه الاستاذ بوقوعه في اسناد كامل الزيارات و بورود رواية معتبرة في مدحه لكن الاول لا يوجب التوثيق على ما فصلناه في كتاب الرجال و الثاني غير خال عن النظر فان الرواية الواردة و ان كانت معتبرة سندا لكن دلالتها على صداقة الرجل غير واضحة

---

١. *المصدر*، ج١٨، ص٢١٣.

لاحتمال نظارتها الى هداية الرجل بحسب الاعتقاد فلاحظ و تأمل فلا يترك الاحتياط مهما أمكن.

و على فرض الاعتماد على الرواية لا يتعدى الحكم الى فرض حياة البنت فلا تسمع دعوى أبيها عارية ما في يدها الا بالبينة اقتصارا على مورد النص.

مسألة ٢٢٠: اذا قام بينة على ان ما يد في زيد له فأخذه بحكم القاضي ثم اقام زيد البينة على انه كان له بالملك السابق الذي انتزعه منه المدعى، فهل ينقض الحكم و يعاد المال اليه لانه كان ذا يد كما عن الشيخ (بناء على تقديم بينة الداخل و سقوط البينتين و تقديم قول ذي اليد بيمينه كما هو الاظهر او لا ينقض كما ذهب اليه في الشرائع؟

الصحيح هو الثاني لان الترافع الاول قد زال بالقضاء و هذه دعوى جديدة فيكون زيد مدعيا و المدعى السابق ذو يد منكر.

مسألة ٢٢١: لو ادعى زيد ما لا في يد عمرو بكامله و ادعى بكر نصفه و لم يصدق عمرو احدهما و أقاما البينة متساوية قضى لمدعى الكل بالنصف المشاع لعدم المزاحم له فيه، و تعارضت البينتان في النصف الاخر فيقرع بينهما و يقضى لمن اصابته القرعة مع يمينه و ان نكل حلف الاخر و قضى له ولو امتنعا منه قضى بينهما بالتنصيف فيكون لمدعى الكل ثلاثة أرباع و لمدعى النصف الربع، و كذا لو لم تكن لهما بينة و لم يكذبهما ذو اليد متحالفا.

و الاظهر انه لا يتغير الحكم فيما اذا فرض المال بيدهما معا كما يفهم مما سبق فتتساقط البينتان و يقسم بالتحالف.

و في الشرايع في فرض كون العين بيدهما و أقاما البينة: كانت العين لمدعى الكل و لم يكن لمدعى النصف شيء فان نصفا لا نزاع فيه و هو الذي في يد مدعى الكل فلم يبق الا النصف الذي في يد الخصم و بينة ذي اليد لما في يده غير مقبولة و لذا قالوا بتقديم بينة الخارج.

و فيه اولا انه لا دليل على تقديم بينة الخارج خلافا للمشهور و لا بينة الداخل

خلافا لبعضهم بل الاقوى تساقطهما و الرجوع الى الحلف على نحو سبق.

و ثانيا ان مدعى النصف يدعى النصف المشاع و هو بيدهما جميعا فبالنسبة الى الربع يكون خارجا فلتقبل بينته.

و ما ذكره ابن الجنيد من الثلثين و الثلث أيضا غير مدلل، و ان مال اليه صاحب الجواهر.[۱]

مسألة ۲۲۲: اذا مات مسلم عن ولدين مسبوقين بالكفر و اتفقا على تقدم اسلام احدهما على موت الاب و اختلفا في لاخر فعلى مدعى التقدم الاثبات و الا كان القول قول الاخير مع حلفه اذا كان منكرا للتقدم. و أما اذا ادعى الجهل بالحال فلمدعى التقدم احلافه ان ادعى علمه بما يدعيه.

و وجه تقديم قول المنكر هو ان استصحاب بقاء كفره الى زمان موت أبيه يترتب عليه عدم ارثه منه و أما استصحاب عدم موت أبيه قبل اسلامه فلا يثبت به تأخر موت الاب عن اسلام ابنه ليترتب عليه ارثه منه، و لا يفرق في ذلك بين ما اذا كان الاسلام و الموت مجهولى التاريخ أو كان تاريخ احدهما معلوما و الاخر مجهولا على ما ذكره السيد الاستاذ و لا بأس به كما ذكرناه في بعض مباحث كتاب الطهارة في شرحنا على العروة الوثقى.

و اذا بنينا على عدم جريان الاستصحاب في معلوم التاريخ يقضى بنصف التركة بين الولدين فيما اذا كان تاريخ اسلام الابن معلوما و كان الاختلاف في تقدم موت الاب على اسلام ابنه و تأخره عنه، فانهم بنوا على اصالة تأخر الحادث، فاذا كان اسالم احدهما في شهر شعبان مثلا و كان اسلام الاخر في شهر رمضان و شك في الاب مات قبل دخول شهر رمضان أو بعده، فقالوا ان الاستصحاب لا يجرى في معلوم التاريخ و يجرى في المجهول فيحكم بذلك بتأخر الموت عن الاسلام لكنه كما افاده الاستاذ ضعيف لجريان الاستصحاب في معلوم التاريخ أيضا.

---

۱. *الجواهر*، ج ۴۰، ص ۴۸۲ و ۴۸۳.

و منه يظهر انه لو كان للميت ولد كافر و وارث مسلم فمات الاب و ادعى الولد اسلامه قبل موت والده و انكره الوارث المسلم اذ على الولد اثباته.

مسألة ٢٢٣: اذا كان لامرأة ولد واحد و ماتت المرأة و ولدها و ادعى اخ المرأة ان الولد مات قبل المرأة و ادعى زوجها ان المرأة ماتت أولا ثم ولدها فالنزاع بين الاخ و الزوج انما يكون في نصف مال الزوجة لان نصفها الاخر للزوج على كل تقدير.

فان اقام احدهما البينة فهو و ان اقاما مع البينة حكم بالتنصيف بينهما مع حلفهما فيكون للاخ ربع التركة و يمكن القرعة لمستحق الحلف بل مر في ما سبق انه المتعين و اذا نكل و حلف الاخر قضى له و اذا نكلا معا يقسم النصف المذكور بينهما. و ان لم تكن بينة فان حلفا قسم المال بينهما و ان حلف احدهما قضى له و ان نكلا قيل اقرع بينهما و لكن في الشرايع و الجواهر ذكر اما لا يخلو عن التعجب فلاحظ.[1]

مسألة ٢٢٤: لا يشترط في حجية البينة و اثبات الحق بها دعوى المدعى سابقا و لاحقا للاطلاق فيثبت ملكية الغائب اذا شهدت له البينة، نعم اذا كذبها سقط حقه و ان ادعى جهله بالحال جاز له الاخذ بها.

موارد الحبس فی الشريعة

مسألة ٢٢٥: دلت روايات على حبس اصناف من الناس و اليك ما فزت به عاجلا اولها حبس الامر بالقتل حبس الابد، لصحيح زرارة عن الباقر عليه السلام في رجل امر رجلا بقتل رجل (فقتله) فقال: يقتل به الذي قتله و يحبس الامر بقتله في الحبس حتى يموت.[2]

---

١. *المصدر*، ص٥١٣.

٢. *الوسائل*، ج١٩، ص٣٣.

و في صحيح اخر عن أميرالمؤمنينعليه السلام: و هل عبد الرجل الا كسوطه أو كسيفه يقتل السيد و يستودع العبد في السجن حتى يموت.[١]

و يمكن الحاق افراد الجند العاديين بالعبيد و القواد العسكريين بالسادة في هذه الا زمان فيتحصل حبس الامر غير الغالب على المباشر و حبس القاتل المغلوب على امره و ان ذهب المشهور الى خلافه.

ثانيها حبس القاتل المقهور عليه كما عرفته.

ثالثها حبس مخلص القاتل، لصحيح حريز عن الصادقعليه السلام في رجل قتل رجلا عمدا فرفع الى الوالي فدفعه الوالي الى أولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليه قوم فخلصوا القاتل من ايدي الاولياء قال: أرى ان يحبس الذين خلصوا القاتل من ايدي الاولياء (أبدا) حتى يأتوا بالقاتل، قيل فان مات القاتل و هم في السجن؟ قال: ان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعها الى أولياء المقتول.[٢]

رابعها المرأة المرتدة ففي صحيح غياث عن الصادقعليه السلام... اذا ارتدت المرأة عن الاسلام لم تقتل و لكن تحبس أبدا.[٣]

و في صحيح حريز عن الصادقعليه السلام لا يخلد في السجن الا ثلاثة: الذي يمسك على الموت و المرأة ترتد عن الاسلام، و السارق بعد قطع اليد و الرجل.[٤]

و في موثقة عباد... و حبست في السجن و اضر بها[٥] و في صحيح اخر:

و ضيق عليها في حبسها[٦] و في صحيح اخر[٧] و تستخدم خدمة شديدة

---

١. *المصدر*، ص٣٣

٢. *المصدر*، ص ٣٤.

٣. *المصدر*، ج١٨، ص٥٤٩.

٤. *المصدر*، ص٥٥٠و٢٢١.

٥. *المصدر*، ص٥٥٠.

٦. *المصدر*.

٧. *المصدر*، ص٥٤٩.

و تمنع الطعام و الشراب الا ما يمسك نفسها و تلبس خشن الثياب و تضرب على الصلاة.

خامسها حبس فاعل الفاحشة لصحيح بن سنان عن الصادقعليه السلام جاء رجل الى رسول اللهصلى الله عليه وآله فقال ان امي لا تدفع يد لامس، فقال فاحبسها، قال قد فعلت قال فامنع من يدخلها عليها قال قد فعلت، قال قيدها فانك لا تبرها بشيء افضل من ان تمنعها من محارم الله.[1]

سادسها حبس الممسك للقتل، لصحيح الحلبي عن الصادق قالعليه السلام قال:

قضى عليعليه السلام في رجلين امسك احدهما و قتل الاخر؟ قال يقتل القاتل و يحبس الاخر حتى يموت غما كما حبسه حتى مات غما[2] و قريب منه موثقة سماعة و محمد بن قيس و صحيحة الصدوق الى قضايا أميرالمؤمنينعليه السلام.

سابعها حبس المتهم بالقتل لرواية السكوني و في سندها النوفلي عن الصادقعليه السلام ان النبيصلى الله عليه وآله كان يحبس في تهمة الدم ستة ايام فان جاء اولياء المقتول بثبت و الاخلى سبيله.[3]

ثامنها و تاسعها و عاشرها حبس الغاصب و الخائن و آكل مال اليتيم، لصحيح زرارة عن الباقرعليه السلام كان على لا يحبس في الدين الا ثلاثة الغاصب و من اكل مال اليتيم ظلما و من ائتمن على امانة فذهب بها و ان وجد له شيئا باعه غائبا كان أو شاهدا.[4]

حادى عاشرها حبس المديون لصحيح غياث عن الصادق... ان عليا كان يحبس في الدين فاذا تبين له حاجة و افلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا.

---

۱. *المصدر*، ص ٤١٤.

۲. *المصدر*، ج۱۹، ص ۳۵.

۳. *المصدر*، ص ۱۲۱.

٤. *المصدر*، ج۱۸، ص ۱۸۱.

ثاني عشرها من يجرى عليه الحد ففي رواية ابي‌مريم في امرأة اقرت أربع مرات بالزنا... ثم امر أميرالمؤمنينعليه السلام بها فحبست و كانت حاملا... .

و في رواية اخرى نقلها المفيد في ارشاده... ثم قال فما اصنع بهما يا أباالحسن؟ قال احتط عليها حتى تلد.[1]

ثالث عشرها حبس السارق للمرة الثالثة بعد قطع اليد و الرجل فانه يخلد في السجن حتى يموت تدل عليه جملة من الروايات.[2]

رابع عشرها حبس الذي يمثل للمرسلة عن الصادقعليه السلام: لا يخلد في السجن الا ثلاثة الذي يمثل... .

و عن المجلسي تفسير التمثيل بعمل الصور و التمثال أو التنكيل و التشويه بقطع الانف و الاذن و الاطراف.

خامس عشرها حبس المولي في الجملة ففي صحيح أبي‌بصير عن الصادقعليه السلام الايلاء هو ان يحلف الرجل... و ان رفعته الى الامام انظره أربعة أشهر، ثم يقول له بعد ذلك ترجع الى المناكحة و أما ان تطلق فان ابي حبسه ابدا.[3]

سادس عشرها حبس شاهدا الزور ففي صحيح غياث ان عليا كان اذا اخذ شاهد زور فان كان غريبا بعث به الى حيه و ان كان سوقيا بعث الى سوقه فطيف به ثم يحبسه اياما ثم يخلى سبيله.[4]

سابع عشرها حبس الكفيل حتى يحضر المكفولا يدل عليه روايات بعضها معتبر سندا.[5]

---

١. *المصدر*، ص ٣٨١.

٢. *المصدر*، ص ٤٩٢.

٣. *المصدر*، ج ١٥، ص ٥٤١.

٤. *المصدر*، ج ١٨، ص ٢٤٤.

٥. *المصدر*، ج ١٣، ص ١٥٦.

ثامن عشرها و تاسع عشرها و العشرون حبس العلماء الفساق و الاطباء الجهال و الاكرياء المفاليس كما في رواية السكوني[١] و لهذه الموارد احكام و تفصيلات ذكرنا بعضها في حدود الشريعة في واجباتها في حرف الحاء المهملة.

خاتمة

في صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام: على الامام ان يخرج المحبسين في الدّين يوم الجمعة الى الجمعة و يوم العيد الى العيد فيرسل معهم فاذا اقضوا الصلوة و العيد ردهم الى السجن[٢] ربما يظهر منه الفسحة لهم يوم العيد لزيارة الاهل و الاقارب الا ان يراد بالعيد صلاته لكنها بعيدة و يلحق بالصلاة الحج الواجب.

مسألة ٢٢٦: يجوز للحاكم الشرعي حبس بعض أفراد اخرى عند المصلحة و لكن فى اطالة مدة الحبس كما هو المتعارف اليوم نظر أو منع.

فايدة

قلنا بعدم جواز نقض حكم القاضي حتى للقاضي الاخر في الجملة، فلا تمييز و لا استيناف فى القضاء الاسلامي فى غير ما مرّ بحثه.

لكن يمكن للحكومة الاسلامية حل الدعاوي في مرحلتين ولو في خصوص المهمات كالقتل و نحوه.

المرحلة الاولى ارجاع الدعاوي الى قضاة يستنطقون و يحققون الدعاوي و الشكاوى ثم يظهرون آرائهم في تشخيص المحق من المبطل و لكن لا ينشئون الحكم و لا يقضون قضاء فاصلا حاسما.

---

١. *المصدر*، ج١٨، ص٢٢١.

٢. *المصدر*. و فى اخرها: حبس الامام بعد الحد ظلم.

المرحلة الثانية ارجاعها الى قضاة يصدرون الحكم الحاسم الفاصل.

و يمكن تثليث المراحل بان تكون المرحلة الثانية أيضا لاكمال التحقيق.

و المرحلة الثالثة لانشاء الحكم و القضاء.

تم كتاب القضاء بتمام ما اردت من بيان معظم مسائله و لله الحمد.

كتاب الشّهادات

مسألة ١: يشترط فى الشاهد امور:

اولها ـ البلوغ، بلا خلاف منقول عن احد حتى في المميز ففي صحيح محمد بن حمران قال سألت اباعبد الله عليه السلام عن شهادة الصبي؟ قال: فقال: لا، الّا القتل يؤخذ بأوّل كلامه و لا يؤخذ بالثاني.[١]

و في موثقة السكوني عن الصادق عن أبيه عن علي عليهم السلام ان شهادة الصبيان اذا شهدوا و هم صغار جازت اذا كبروا ما لم ينسوها...[٢] و مفهومهما عدم الجواز اذا لم يكبروا و كذا مفهوم صحيحة محمد بن مسلم[٣] و مقتضاهما بطلان شهادة غير البالغ في غير لقتل و قبولها في القتل للرواية الاولى و صحيح جميل عن الصادق عليه السلام... نعم فى القتل يؤخذ بأول كلامه و لا يؤخذ بالثاني منه.[٤]

و في موثقة عبيد عن الصادق عليه السلام جواز شهادة الصبي و المملوك فى الامر الدون و عدمه في الامر الكبير[٥] لكن لا أدري هل به قائل أم لا.

---

١. *المصدر*، ص٢٥٢.

٢. *المصدر*، ص٢٥٧.

٣. *المصدر*، ص٢٥١.

٤. *المصدر*، ص٢٥٢.

٥. *المصدر*، ج١٨، ص٢٠٣. قيل انها مشتملة على ما هو مقطوع البطلان من عدم جواز شهادة المملوك فى الكبير.

ثم ان الشهيد الثاني نقل عن جماعة الاتفاق على عدم قبول شهادة من دون العشرة حتى في الدم و ان كان صاحب الجواهر لم يتحقق الاتفاق المذكور و الظاهر انه لعدم التمييز أو ضعفه. فلو اكتفى بالتمييز كان اجود و في الجواهر استظهار اختصاص الحكم من النص و الفتوى بالصبيان دون الصبية الباقية على مقتضى الاصول و العمومات الدالة على عدم قبول شهادتها[1] لكنه لم يبين العمومات المذكورة[2] و لعلها ما دال على اعتبار عدالة الشاهد أو ما دلّ على برائة ذمة المتهم بالقتل.

يقول المحقق في الشرايع: و التهجم على الدماء بخبر الواحد خطر فالاولى الاقتصار على القبول في الجراح بالشروط الثلاثة بلوغ العشر و بقاء الاجتماع اذا كان على مباح تمسكا بموضع وفاق.

أقول: كان اللازم عليه ان تقييده بأوّل كلامهم فانه مختار جماعة، و يدل عليه الصحيحتان المتقدمتان. و في اللمعة: الا في الجراح بشرط بلوغ العشر و ان يجتمعوا على مباح و ان لا يتفرقوا بعد الفعل المشهود به و الاقوى عدم اعتبار الشروط الثلاثة لعدم الدليل عليها بل لا يثبت الجراح بشهادتهم أصلا فان المستثنى هو القتل وحده.

ثم ان اثبات القتل بشهادة الصبيان اما لاجل جواز القصاص أو الدية أو لاثبات الدية فقط و ان قل المصرح به كما يقول صاحب الجواهر بعد اختياره أما الاول فلا أدري كمية القائلين به و ان نسبه سيدنا الاستاذ الى الشهرة العظيمة، لكنني فيه من المتوقفين و امّا ثبوت الدية بها فالالتزام به غير ممنوع و ان كان الاحوط التصالح.

و اعلم ان العدالة لا يتحقق في الصبي لعدم التكليف الموجب للقيام بها من جهة التقوى كما ذكر في شرح اللمعة.

---

١. ج ٤١، ص ١٤.

٢. فى رواية المروزى عن الرجل عليه السلام: اذا تم للغلام ثمان ستين فجائز امره ... و اذا تم للجارية سبع (تسع خ ل) سنين فكذلك و مفهومها عدم جواز أمر الصبى و الصبية قبل البلوغ لكنه كما ترى فان الرواية ضعيفة سندا و دلالة لاحظها و سائر الروايات الواردة فى اشتراط البلوغ، *جامع احاديث الشيعة*، ج ١، ص ٣٥٠-٣٥٥.

ثانيهما العقل بل الرشد و عدم السفاهة لبناء العقلاء على عدم الاعتناء بشهادة السفهاء و كذا من يغلب سهوه على ذكره الا اذا استظهر عليه و اطمئنّ القاضي بعدم غفلته و نسيانه.

(ثالثها الاسلام) كما هو مورد الايات المشار اليها فى الشرط الاتى و في صحيح عبيدة عن الصادقعليه السلام:

تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل و لا تجوز شهادة أهل الذمة (الملل) على المسلمين.

و في موثقة سماعة قال سألت أباعبد اللهعليه السلام عن شهادة أهل الملّة قال فقال: لا تجوز الا على أهل ملتهم[١] و يظهر من جملة الروايات انه من المفروغ عنه بين الرواة و لذا يسئلون عن شهادة الكافر بعد اسلامه[٢] و قد استثنى منه ما في قوله تعالى: «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهادَةُ بَيْنِكُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنانِ ذَوا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ».[٣]

و على الجملة لا اشكال في اعتبار اسلام الشاهد اذا كان المشهود عليه مسلما و كذا اذا كان غير مسلم عند المشهور و لاجله تطرح الموثقة المتقدمة[٤] لكن الاقوى جواز شهادة أهل كل ملة على ملتهم استنادا الى الموثقة المذكورة.

(رابعها) الايمان و عن جمع دعوى الاجماع و احتمل الجواهر كونه ضروري المذهب في هذا الزمان ثم شرع في الاستدلال، و خرج عن حدّ الانصاف و وصف كلام الشهيد الثاني بملاه من المتانة و الوضوح بمخالفة ظاهر الشريعة و باطنها و كل ما ذكره من الوجوه غير مفيد لما يرومه[٥] فرحمة الله عليه و على الشهيد الثاني و

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص ٢٨٤.

٢. *المصدر*، ص ٢٨٥.

٣. المائدة(٥): ١٠٦.

٤. *الجواهر*، ج٤١، ص ٢٤.

٥. و التعرض لبيان كلامه و نقده يوجب التطويل و لا أرضى به فلاحظ كلامهقدس سره *الجواهر*، ج٤١، ص ١٦- ص١٩.

جميع علمائنا الابرار.

و ذهب سيدنا الاستاذ الى التفصيل فقال ان غير المؤمن ان كان مقصرا في ما اختاره من المذهب فلا اشكال فى انه فاسق أشد الفسق فلا يكون خيرا مرضيا و عادلا كي تقبل شهادته و اما اذا كان قاصرا فمقتضى اطلاقات عدة من الروايات قبول شهادته[١] منها صحيحة محمد بن مسلم عن الباقرعليه السلام: لو كان الامر الينا لاجزنا شهادة الرجل اذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس[٢] و صحيحه الاخرى عنهعليه السلام في الذمي و العبد يشهد ان على شهادة يسلم الذمي و يعتق العبد أتجوز شهادتهما على ما كانا اشهدا عليه؟ قال: نعم اذا علم منهما بعد ذلك خير جزات شهادتهما.[٣]

ثم جعل محل البحث فيما اذا كان المشهود عليه مؤمنا أو اذا كان غير مؤمن فاستظهر قبول شهادته في حقه بقاعدة الالتزام و لعله على ذلك كانت سيرة أميرالمؤمنينعليه السلام فى قضاياه و من المطمئن به ان الاجماع على اعتبار الايمان في الشاهد لو تم لا يشمل المقام.[٤]

أقول مضافا الى اطلاق الروايتين المتقدمتين و غيرها من الروايات كصحيح صفوان[٥] و محمد بن حمران[٦] و صحيح محمد بن مسلم[٧] و موثقة السكوني[٨] و نحوه تدل عليه صحيحة عبد الله بن المغيرة عن الرضاعليه السلام... كل من ولد على الفطرة و

---

١. لا اشكال فى ان الغالب المعظم من المخالفين فى اصول الدين قاصرون و تحقيق ذلك مذكور فى الجزء الاول من صراط الحق.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص٢٩١.

٣. *المصدر* ص ٢٨٥.

٤. *مبانى تكملة المنهاج*، ج ١، ص٨١.

٥. *الوسائل*، ج١٨، ص ٢٨٥.

٦. *المصدر*، ص ٢٨٥.

٧. ص ٢٨٦.

٨. ص ٢٩٠.

عرف بالصلاح في نفسه جازت شهادته[1] و كذا رواه الحميري صحيحا عن البزنطي عنه‌عليه السلام[2] و تدل عليه أيضا حسنة احمد الاتية، بل يدل عليه اطلاق الايات الكريمة أيضا[3] و أما اذا كان المخالف مقصرا فيمكن ان نستدل على عدم اعتبار شهادته بصحيحة محمد بن قيس عن الباقرعليه السلام في حديث ان علياعليه السلام قال: لا اقبل شهادة الفاسق الا على نفسه.[4]

و صحيحة بن سنان: قلت لابي‌عبد الله‌عليه السلام ما يرد من الشهود؟ قال فقال: الظنين و المتهم قال: قلت فالفاسق و الخائن؟ قال ذلك يدخل في الظنين.

و مثله صحاح بن خالد و أبي‌بصير و الحلبي في الدلالة على عدم قبول شهادة الفاسق.[5]

مسألة ۲: تقبل شهادة المسلم على غير المسلم و لا تقبل شهادة غيره عليه لروايات منها صحيحة أبي‌عبيدة عن الصادق‌عليه السلام تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل و لا تجوز شهادة أهل الذمة (الملل) على المسلمين و موثقة سماعة و صحيح ابن مسلم[6] و لا خلاف ظاهرا في المسألة.

مسألة ۳: انما يصح شهادة غير المسلمين عليهم في الوصية اذا كان الموصي في أرض غربة و سفر و لم يوجد فيها مسلمين لحسنة أحمد بن عمر قال سألته عن قول الله عز و جل: «ذَوا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» قال: اللّذان منكم مسلمان، و اللذان من غيركم من أهل الكتاب فان لم يجد من أهل الكتاب فمن المجوس[7] لان

---

۱. ص ۲۹۵.

۲. ص ۲۹۵.

۳. البقرة(۲): ۲۸۲؛ النساء(٤): ۱۵؛ الطلاق(٦٥): ۲ و المائدة(۵): ۱۰٦.

٤. *الوسائل*، ج۱۸، ص۲۹۱.

۵. *المصدر*، ص ۲۷٤و ۲۷۵.

٦. *المصدر*، ص ۲۸٤و ۲۸۵.

۷. يظهر من الرواية ان المجوس ليسوا من أهل كتاب و ان يعامل معهم معاملة اهل الكتاب لكن الحسنة مضمرة يشكل الاعتماد عليها.

رسول الله ﷺ قال سنوا لهم سنة أهل الكتاب و ذلك اذا مات الرجل بأرض غربة فلم يجد مسلمين يشهدهما فرجلان من أهل الكتاب.

و في صحيح هشام عنه عليه السلام... اذا كان الرجل في أرض غربة و لا يوجد فيها مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم في (على) الوصية.

مسألة ۴: لا فرق في ذلك بين الوصية بالمال و بالولاية ـ أي الوصاية ـ للاطلاق و لا يقيد بما في موثقة سماعة[١] لعدم التنافي.

مسألة ۵: مقتضى اطلاق صحيح ابن مسلم عدم اعتبار كون الشاهدين من غيرنا من أهل الكتاب فضلا عن كونهما من اهل الذمة كما نقل عليه (أي على الاخير) الاجماع. لكن لا يبعد ظهور الحسنة في كونهما كتابيين أو مجوسيين و عدم كونهما ملحدين غير معتقدين بشريعة ما و هذا هو الاحوط و ان كانت الحسنة مضمرة.

مسألة ٦: نقل عن الاكثر عدم اعتبار السفر و أرض غربة في صحة الوصية لاطلاق بعض الروايات المقيد بما مر وفاقا لجماعة، و العجب من المحقق (ره) في الشرائع حيث يقول و لا يشترط كون الموصي في غربة و باشتراطه رواية مطرحة، و لم يعلم وجه اطراحه!

مسألة ٧: الظاهر اعتبار سائر شروط الشاهد في المقام فان المنفي بالاية و الروايات هو خصوص شرط الاسلام لا غيره، نعم ربما يشعر الاية بعدم اعتبار العدالة فيهما فلاحظ (المائدة ١٠٦).

مسألة ٨. اذا حصل الريب في شهادتهما يحلفان بما في الاية الشريفة في سورة المائدة.

مسألة ٩. الظاهر اعتبار شاهد عدل منا و شاهد من غيرنا لان المسلم ليس بأقل من كافر.

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص٢٨٧.

مسألة ١٠. مقتضى موثقة سماعة المتقدمة عدم صحة شهادة أهل كل ملة على اهل غير ملتهم لكن اذا لم يوجد الشاهد من ملتهم جازت شهادة غير ملتهم لصحيح الحلبي[١] و لذيل الموثقة نفسها في خصوص الوصية[٢] لكن قيل ان المشهور لم يقبلوا شهادة غير المسلمين مطلقا الا في خصوص الوصية. و الله العالم. و وصف الشهيد الثاني في شرح اللمعة الرواية بالضعف و هو من مثله عجيب.

(خامسها) العدالة كتابا و سنة مستفيضة أو متواترة و اجماعا بقسميه كما في الجواهر فان قلت: الثابت في القرآن اعتبار العدالة في الشهادة على الوصية و مفارقة الزوجة (المائدة ١٠٦ـ الطلاق ٢) و لا قرينة فيه تدل على عموم الاعتبار؟

قلت: اعتبارها في الوصية المبنية على التوسعة حتى يقبل فيها شهادة غير المسلم يستلزم اعتبارها في غيرها بطريق أولى و كيف يمكن الالتزام بعدم ثبوت الوصية بشهادة رجلين غير عدلين و ثبوت الزواج و القتل و دعوى المال بشهادتهما؟

كما ذكره بعض الاساتيذ.

و ربما يظهر من بعض الروايات المعتبرة قبول شهادة غير معروف الفسق لكنه لا قائل بها ظاهرا و بالجملة هذا الشرط عند الاصحاب معتبر فلا مجال للبحث في مداليل الروايات مفصلا نعم مر عدم اعتبارها في الصبيان الشهداء على القتل و يشكل اعتبارها في القابلة فان القوابل غالبا غير عادلة مع انه قد ورد قبول شهادتهن في الولادة كما يأتي.

مسألة ١١: لا تقبل شهادة القاذف مع عدم اللعان أو البينة أو اقرار المقذوف بلا خلاف بل الاجماع بقسميه عليه مضافا الى الكتاب و السنة المستفضية كما قيل:

قال الله تعالى: «**وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَناتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَداءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمانِينَ جَلْدَةً وَ لا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهادَةً أَبَداً أُولئِكَ هُمُ الْفاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تابُوا مِنْ بَعْدِ ذلِكَ وَ أَصْلَحُوا**

---

١. *المصدر*، ص٢٨٧.

٢. *المصدر*.

فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ».[١]

ثم ان قلنا برجوع الاستثناء الى الجملتين معا دون الاخيرة فلا بد من اعتبار التوبة و الاصلاح معا في قبول شهادته و قد تكلمنا حول الاصلاح المذكور في الاية و أمثالها في بحث التوبة من كتابنا (حدود الشريعة في واجباتها) في مادة التوبة، و لا يبعد تفسير الاصلاح باكذاب القاذف نفسه كما يستفاد من صحيح ابن سنان قال سألت أباعبد الله عليه السلام عن المحدود اذا تاب أتقبل شهادته؟

فقال: اذا تاب و توبته أن يرجع مما قال و يكذب نفسه عند الامام و عند المسلمين، فاذا فعل فان على الامام أن يقبل شهادته بعد ذلك[٢] و قد وردت روايات بذلك في خصوص القذف أيضا.

اذ لو كان المراد غيره لبينه الامام و لا بعد في ادراج الاصلاح في التوبة و اطلاقها عليه.

مسألة ١٢: لا تقبل شهادة السائل بكفه لصحيحي محمد بن مسلم و علي ابن جعفر[٣] و علله الباقر عليه السلام بقوله: لانه لا يؤمن على الشهادة و ذلك لانه ان أعطى رضى و ان منع سخط.

و المناط الصدق العرفي فلو سئل لضرورة نادرا لم يقدح في شهادته لعدم صدق الاسم عليه عرفا و الظاهر هو الاعتماد على عموم التعليل، لا يقال قد يفرض كون مثله عادلا مقيدا بوظيفته الشرعية فانه يقال انه فرض نادر و الغالب الاغلب عدم حصول العدالة لمثل هؤلاء الاشخاص نعم لو فرض عدالته و أمانته بحيث لا يرضى بعطاء و لا يسخط بمنع قبل شهادته لكنه فرض نادر بل لعله غير واقع.

(سادسها) طهارة المولد لجملة من الروايات و فيها الصحاح[٤] و اشتراطها مشهور

---

١. النور(٢٤): ٤و ٥.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص٢٨٣.

٣. *المصدر*، ص٢٨١.

٤. *المصدر*، ص ٢٧٦ ـ ٢٧٧.

بل ادعى عليه الاجماع فلا تقبل شهادة ولد الزنا و اما اذا شك في تولده من زنا فتقبل شهادته للعمومات بعد نفي العنوان المذكور بالاصل و اما اذا أحرز الفراش فالامر أوضح.

و في رواية: الّا في الشيء اليسير اذا رأيت منه صلاحا.

بحث و تحقيق حول رد شهود

مسألة ١٣: دلّت روايات على رد شهادة اصناف ففي صحيحة عبد الله بن سنان قلت لابيعبد الله‌عليه السلام ما يرد من الشهود فقال الظنين و المتهم قلت فالفاسق و الخائن؟ قال: ذلك يدخل في الظنين.

و مثله صحيح سليمان بن خالد الّا انه ذكر الخصم مكان المتهم.[١]

و مثله أيضا صحيحة أبيبصير الا انه ذكر فيه الظنين و المتهم و الخصم و مثله صحيح الحلبي[٢] و في موثقة سماعة قال سألته عما يرد من الشهود، قال المريب و الخصم و الشريك و دافع مغرم و الاجير و العبد و التابع و المتهم. كل هؤلاء ترد شهادتهم.[٣]

أقول: و اليك بعض ما يتعلق بهذه المذكورات.

١. الظنين: لا يراد به ظاهرا من يظن به سوء لانه حرام في الجملة و لعل الاحسن تفسيره بفاقد العدالة بقرينة ادراج الفاسق و الخائن فيه.

٢. المتهم، و القدر المتيقن منه بعد النص و الاجماع على عدم مانعية مطلق التهمة عن الشهادة من لم يثبت عدالته فلا يستفاد منها شرط زايد على العدالة كما يظهر من جمع من الفقهاء و فسرها في شرح اللمعة بجر النفع و دفع الضرر بالشهادة.

٣. المريب، و لا ينبغي التردد فى رجوعه الى الظنين أو المتهم.

---

١. *المصدر*، ص ٢٧٤.

٢. ص ٢٧٥.

٣. *الوسائل*، ج١٨، ص٢٧٨.

٤. الخصم و يمكن ان نفسره بالمدعي فمن يكون مدعيا في الجملة لا تقبل شهادته كشهادة صاحب الدين للمحجور عليه بمال فافهم و كشهادة أحد الشريكين لشريكه الاخر في المال المشترك و يمكن ان نفسره بالعدو فلا يقبل شهادة العدو على عدوه كما هو المشهور المدعى عليه الاجماع بقسميه[١] و ان لم تكن العداوة محرّمة[٢] و أما شهادة العدو لعدوه فلا مانع منه جزما و يمكن أن نفسره بكل منهما.

و اما في غير هذين الموردين فلا سبيل لنا الى الاستدلال بالعنوان المذكور فتأمل فى المقام جيدا.

٥. دافع المغرم و يصح ان نفسّره بما اذا صار مدعيا أو منكرا فلا تقبل شهادته كشهادة أحد العاقلة بجرح شهود الجناية.

مسألة ١٤: اذا شهد شاهدان بوصية أحد لزيد بمال و شهد شاهدان من الورثة برجوعه عنها و وصيته لعمرو ففي قبول الشهادة على الرجوع أقوال ثالثها التفصيل بين ما كان المال بيد الورثة أو مشاعا و بين ما كان خارجا عن يدهم فتقبل شهادة الورثة على الثاني و لا تقبل على الاول لان الموصى له مدع للمال الموجود في أيديهم أو مدع للشركة معهم في المقدار الموصى به فيكون الورثة من الغريم و لا تقبل شهادة الغريم كما في تكملة المنهاج ص ١٦٤ ج ١.

٦. الشريك و في صحيح ابان عن الصادق عليه السلام في شريكين شهد أحدهما لصاحبه قال: تجوز شهادته الّا في شيء له فيه نصيب.[٣]

و منه يظهر سريان المنع في مطلق من له نصيب في المشهود به و ان لم يكن شريكا، نعم لا يسرى في مطلق جلب النفع كما اذا شهد لمعيله الفقير بالمال بل في خصوص ما يكون الشاهد مدعيا في الحقيقة.

---

١. *الجواهر*، ج ٤١، ص ٧٠ و المراد العداوة الدنيوية و اما العداوة الدينية فلا تمنع فتقبل شهادة المسلم على الكافر.

٢. كما اذا لم نقل بحرمة بغض المؤمن على ما ذكرناه فى حدود الشريعة فى محرماتها فى حرف الباء أو كانت العداوة قهرية أو على سبيل الانتصار و الانتقام و نحو ذلك.

٣. *الوسائل*، ج ١٨، ص ٢٧٢.

و في الجواهر: بل ظاهر النص و الفتوى بطلانها حتى بالنسبة الى حصة الشريك و ان قلنا بتبعيض الشهادة في غيره... .

ما أفاده مطابق لصحيحة ابان كما لا يخفى.

٧. الاجير، يستفاد مانعيته من صحيحة صفوان[1] و غيرها اما ضعيف سندا و اما غير ظاهر دلالة. و اليها ذهب أكثر القدماء، و المنقول عن المشهور بين المتأخرين الجواز.

٨. العبد: اختلفت في قبول شهادته وردها الروايات و الاقوال و الاقوى القبول مطلقا لكن المسألة لخروجها عن محل الابتلاء لا تستحق البحث.

٩. التابع، و لا ادري هل به قائل أم لا؟ و يمكن ان نجعل هذا دليلا على ضعف مضمرة سماعة و الله العالم.

١٠. الوصي فيما هو وصى فيه، و في الجواهر[2] و أما الوصي بل و الوكيل فالمشهور عدم قبول شهادتهما فيما له الولاية عليه بل في الرياض انها شهرة عظيمة كادت تكون اجماعا كما هو ظاهر جماعة فانهما خصمان و لصحيح محمد ابن يحيى: كتب محمد بن الحسن يعنى الصفار الى أبى محمدعليه السلام هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: اذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعي اليمين...[3] فانها ظاهرة في عدم الاعتداء بشهادة الوصي و الا فلا حاجة الى ضم اليمين الى شهادة رجل آخر فالمتحصل من الرواية انّ شهادة الوصي ساقطة و انما يثبت حق الميت بشاهد و يمين كما قاله الاستاذ.

أقول: الظاهر دلالة الرواية على قبول شهادة الوصي مع غيره و أما اعتبار اليمين فلعله لا قائل به من الاصحاب، و ليس معنى الرواية ما ذكره الاستاذ و الا لمنع من شهادة الوصي حتى على ما لا يرتبط بالوصية عملا باطلاق الصحيحة و هو كما ترى.

---

١. *المصدر*، ص٢٧٣.

٢. ج٤١، ص٦٧.

٣. *الوسائل*، ج١٨، ص٢٧٣.

هذا مع قصر النظر الى صدر الرواية المذكورة و أما بالنسبة الى ذيلها فاستدلال الاستاذ بالصحيحة باطل جزما بل و على عكس مدلولها الصريح في قبول شهادة الوصي و اليك بقية الرواية: و كتب أيجوز للوصي أن يشهد لوارث الميت صغيرا أو كبيرا و هو القابض للصغير و ليس للكبير بقابض فوقع نعم و ينبغي للوصي أن يشهد بالحق ولايتكم الشهادة و كتب أو تقبل شهادة الوصي على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: نعم من بعد يمين[1] الرواية نص في جواز الشهادة حتى للموصي عليه أي فيما يرجع الى الوصية و بها يقيد اطلاق ما دل على منع شهادة الخصم ان شمل المقام.

و أما الوكيل فان صدق عليه المدعي و الخصم عرفا فلا تقبل شهادته و الا فلا مانع منها أيضا.

قال صاحب الجواهر:[2] لا ينبغي التأمل في ذلك (أي منع شهادة الوصي و الوكيل) مع فرض الاجرة لهما على التصرف في المشهود عليه بل مطلقا اذا كانا مدعيين... كالولي الاجباري على المولى عليه ضرورة اندراجهما في قوله (ص) البينة على المدعي.

ثم قال بعد ذكر الصحيحة: و يمكن حملها على قبول شهادة الوصي اذا كان المدعي للميت أحد ورثته... فليس الوصي حينئذ مدعيا بل الوارث و ان كان بعد الثبوت يتعلق به حق الوصاية... ولو فرض تعدد الاوصياء فادعى أحدهم و شهد الاخر مثلا فيمكن القبول أيضا و أقوى منه قبول الوكيل مع فرض عدم كونه مباشرا للدعوى، بل و لا هو وكيل فيها و لكنه وكيله على بيع المال مثلا الذي عليه الدعوى بل ولو فرض تعدد الوكلاء على الدعوى و قام بذلك أحدهم و شهد الاخرون كان القبول أيضا لا يخلو من قوة.

---

١. *المصدر*، ج١٨، ص٢٧٣.

٢. ج٤١، ص٦٧و٦٨.

اذا عرفت هذا فنذكر بقية شرايط الشهادة و الشهود على أساس هذه المطالب فنقول سابعها عدم الخصومة فلا يقبل شهادة الخصم على خصمه و ان تقبل لخصمه.

ثامنها عدم صيرورته مدعيا كما اذا كان له نصيب في المشهود عليه أو أراد دفع ضرر عنه.

مسألة ١٥: اذا شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم فانتقل المشهود به اليهما فانه لم يحكم به بلا خلاف يجده بعضهم (ص ٢١٩ ج ٤١ من الجواهر) و عن المسالك اتفاق الجميع عليه ولو لاه لامكن فيه المناقشة فلاحظ.

مسألة ١٦: لا تمنع القرابة النسبية من قبول الشهادة بلا خلاف ظاهر، و انما المختلف فيه شهادة الولد على والده حيث نقل عن المشهور عدم قبولها و الاقوى هو القبول وفاقا لبعضهم للاطلاقات و ضعف الوجوه المانعة قال الله تعالى: «**كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَداءَ لِلَّهِ وَ لَوْ عَلى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ**»[1] و كذا تقبل شهادة الزوجة و الزوج[2].

مسألة ١٧: انما يعتبر الشروط المذكورة حين الاداء لا حين التحمل فلو تحمل الفاقد لبعضها أو معظمها ثم صار جامعا له صحت شهادته، على القاعدة مضافا الى دلالة جملة من الروايات عليه.

مسألة ١٨: لا يبعد قبول شهادة المتبرع بها في حقوق الله، بل حقوق الناس و ان كان المنقول المشهور عدمه فيها و ذلك للاطلاقات و عدم المقيد المعتبر، لكن الاحوط عدم الاكتفاء بالمتبرع بها في حقوق الناس و اعادتها بعد مطالبة الحاكم أو المشهود له أو المشهود عليه لدعوى الاجماع عليه.

مسألة ١٩: قيل لا تقبل شهادة الوصي و الوكيل بجرح شهود المدعي على الموصى و الموكل ضرورة كون الجارح في الجميع هو المدعي عليه، و قيل لا تقبل شهادة

---

١. النساء(٤): ١٣٥.

٢. لاحظ: الروايات الدالة على هذه المسألة في *الوسائل*، ج١٨، ص٢٦٩و ٢٧١. لكن ـ الاحوط فى قبول شهادة الزوجة ضم شهادة غيرها فلا يثبت بشهادتها وحدها لزوجها فى الوصية ربعها خلافا للسيد الاستاذ.

الوارث على ان فلانا جرح مورثه فانه يثبت الدية لنفسه أو القصاص ان شهد بعد الموت أو قبله و الجراح لم تندمل مع احتمال السريان عادة أو نص الشاهد باحتمال السريان و ان لم يسر و لم يستوعب الدين تركته التي منها الدية ان قلنا بتعلق حق الديان بأعيانها.[1]

مسألة ٢٠: المنقول عن المشهور عدم قبول شهادة بعض الرفقاء لبعض على القاطع عليهم الطريق لغير محمد بن الصلت المنجبر بالشهرة و للتهمة بتحقق مقضتى العدواة الدنيوية و قيل بالقبول.

مسألة ٢١: اذا سمع الاقرار أو سمع اثنين يوقعن عقدا مثلا أو شاهد الغصب صار شاهدا و ان نهاه المشهود له عن الشهادة، و هل يجب عليه الشهادة مطلقا أو في خصوص فرض الشهاده من قبل المشهود له و المشهود عليه كما قيل ذكرنا في حدود الشريعة في محرماتها تفصيل الموضوع.[2]

و لصاحب الجواهر تفصيل آخر حيث قال بعد نقل الروايات المفصلة:

و لعل الفرق حينئذ بين من أشهد و من لم يشهد الوجوب على الاول الا أن يعلم قيام الغير على حسب غيره من الواجب الكفائي الذي قد يكون عينا بالعرض و عدم الوجوب أصلا على الثاني الا أن يعلم ظلم المشهود عليه للمشهود له بانكار حقه مثلا.[3]

و اليك موثقة ابن مسلم عن الباقرعليه السلام: اذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار ان شاء شهد و ان شاء سكت الا اذا علم من الظالم فيشهد و لا يحل له الا أن يشهد.[4]

و الاحوط وجوب الشهادة مطلقا عملا باطلاق الايات الكريمة.

---

١. *الجواهر*، ج٤١، ص٦٩.

٢. لاحظ مادة الاباء فى أول الجزء الاول و مادة الكتمان فى الجزء الثانى منه.

٣. ج٤١، ص١٣١.

٤. *الوسائل*، ج١٨، ص٢٣٢.

عاشرها العلم و لا يكفي الظن و الاحتمال لصحة الشهادة و جوازها لانها أخبار عن ثبوت شيء و هو غير جائز بغير علم كما ذكرنا في (حدود الشريعة في محرماتها في «الجزء الثاني») بل ظاهر غير واحد ان العلم مأخوذ في مفهوم الشهادة فلا يترتب على الشهادة غير العلمية آثارها.

يقول الراغب في مفرداته الشهود و الشهادة الحضور مع المشاهدة أما بالبصر أو بالبصيرة... و الشهادة قول صادر عن علم حصل بمشاهدة بصيرة أو بصر.

و في الجواهر: كما ان من المعلوم عندهم خروج الشهادة عن المعنى اللغوي الذي هو بمعنى الحضور اذ قد عرفت تعريفهم لهما بالاخبار الجازم، بل الظاهر عدم اعتبار كون العلم بالحواس الخمس فيها ضرورة صدق العلم المعتبر فيها مع الحاصل منها و من غيرها لكن عن كشف اللثام بعد الميل الى كفاية مطلق العلم: الا ان ظاهر كلمة الاصحاب الاطباق على الحكم المذكور (اعتبار المشاهدة و السمع) فان تم حجة و الا فالرجوع الى العموم أولى.

يقول السيد الاستاذ في دعم هذا القول: و العالم بثبوت شيء و ان كان يجوز له الاخبار عنه الا انه لا يكفي في الشهادة و ترتب أثرها عليه، لان الشهود بمعنى الحضور و منه المشاهدة و ليس كل عالم شاهدا.

أقول استعملت الشهادة في القرآن بمعنى الحضور و بمعنى الاخبار عن شيء و هذا مما لا ينبغي الشك فيه اصلا و ان قيل باستعمالها في معان اخر أيضا، و لم يعلم اعتبار العلم فيه فضلا عن اعتبار كونه عن حس، و انما قلنا باعتبار مطلق العلم فيها بدليل خارجي دلّ على حرمة مطلق الاخبار بغير علم و ان لم يكن شهادة.

و بالجملة ما افاده السيد الاستاذ ضعيف لا نعتمد عليه وفاقا لصاحب الجواهر قده و يؤيده أو يدل عليه عدم صدق الشهادة على شهادتنا بالوحدانية و الرسالة مثلا اذا اعتبر فيها الحس مع ان كونها شهادة حقيقة غير خفية على أحد.

و الاعتذار عنه بتنزيل المشهود به المذكور منزلة المحسوس غير مقبول.

ثم انه لو شك في اعتبار العلم عن حس فيها لوجب رجوع الشاهد الى اطلاق ما

دل على وجوب تحمل الشهادة و أدائها و الحاكم الى لزوم العمل بشهادة البينة هذا اذا احرز مفهوم الشهادة بحيث رجع الشك في أمر زايد على اصل مفهومها، و اما اذا لم يحرز صدق مفهومها في فرض عدم كونها عن حس فيرجع الشاهد الى البرائة عن وجوب تحمل الشهادة غير الحسية و ادائها و الحاكم الى اصالة عدم ثبوت المشهود به فتأمل و الله العالم.

مسألة ٢٢: هل تقوم الامارات و بعض الاصول مقام العلم في جواز الشهادة و نفوذها كما تقوم في جواز الاخبار في غير مقام الشهادة و الترافع بلا اشكال فيه خلاف نقل عن المشهور عدم جواز الشهادة على الملكية الواقعية مستندة الى اليد فضلا الى الاستصحاب[١] و لعله لاعتبار العلم عن حسن في الموضوع.

و استدل المجوز برواية حفص بن غياث عن الصادقعليه‌السلام فانها واضحة الدلالة على صحتها مستندة الى اليد و مناقشة سيدنا الاستاذ فيها تبعا لغيره ضعيفة لكن الرواية من ناحية سندها غير قابلة للاستدلال خلافا للاستاذ دام ظله.[٢]

لكن قيام الامارات المعتبرة مقام القطع الطريقي لا يحتاج الى دليل خاص كما تقرر في الاصول فلعل المشهور فهموا مدخلية العلم في الموضوع و ان شئت فقل ان القطع موضوعي ليس طريقيا لكنه ان ثبت لا ينبغى الاشكال في كونه بنحو الكاشفية دون الصفتية الا ان تمنع خصوصية الحس عن قيامها مقامه و بالجملة الاحوط عدم جواز الشهادة بالملكية الواقعية مستندة الى اليد.

نعم يجوز بالملكية ظاهرا و باليد و بالملكية السابقة و عدم العلم بما يزيلها لا بالملكية الفعلية استنادا الى الاستصحاب.[٣]

---

١. *مبانى تكملة المنهاج*، ج١، ص١١٣ لكن يظهر من *الجواهر* ص١٤٠ ج٤١ ان المشهور جوازها فتأمل فيها.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص٢١٥ و فى السند القاسم سواء كان بن يحيى أو محمد فانه مجهول و وقوعه فى اسناد كامل الزيارات لا يدل على حسنه بوجه. و للمحقق فى الشرايع اشكال آخر على الرواية دفعه صاحب *الجواهر*، ج٤١، ص١٤٣.

٣. لمعاوية بن وهب روايتان تدل أحديهما على جواز الشهادة استنادا الى الاستصحاب و آخريهما على جوازها بما هو علم الشاهد الظاهر منه عدمها اعتمادا على الاستصحاب فتأمل و لاحظ *الوسائل*، ج١٨، ص٢٤٦.

مسألة ٢٣: المراد بالعلم المعتبر في الشهادة هو الاطمينان و سكون النفس فانه علم عند العرف، و لا دليل على اعتبار العلم الفلسفي الذي يناقض الاحتمال الضعيف غير المعتناء به فانت اذا تجلس تحت قبة سالمة تطمئن ببقائها، عالم بسلامتها و دوامها فان احتمال العدم عندك ضعيف بحيث لا تعتنى به و تجعله كالعدم و اعتبار العلم الفلسفي في شيء محتاج الى بيان خاص غير العمومات كان يقال:

لا تشهدن بشهادة حتى تعرفها كما تعرف كفك أو يقال: على مثل الشمس فاشهدو نحو ذلك و الفرض عدم ورود امثال هذين القولين بطريق معتبر.

و بالجملة المعتبر في الشهادة تكليفا و وضعا هو الاطمينان التام بالمشهود به و ان لم يكن عن سمع و بصر و حس بل عن استفاضة و اشتهار بين الناس كما في الانساب و المناكح و الموت و الملك المطلق و غيرها.

و على هذا جرت سيرة العقلاء و عمل العرف في جميع البلاد و أهل الاديان و ليس في الشريعة الاسلامية حتى خبر واحد معتبر ما يمنع عن ذلك. ص و علمائنا القائلون باعتبار العلم القطعي الحسى أو مطلقه تنزلوا في مثل النسب و الموت و الملك المطلق[١] و النكاح و غيرها على اختلاف لهم في خصوصيات الموارد و المسايل فذهبوا الى جواز استناد الشهادة على احد تلك الامور الى الاستفاضة و أخبر جماعة و قيل بثبوت هذه الامور و ترتيب اثارها عليها و صحة القضاء بالاستفاضة لكنه لا يجوز الشهادة بها ـ في غير النسب ـ استنادا الى الاستفاضة لاعتبار الشهود و الحس فيها بل لا بد من الشهادة بالاستفاضة.

ثم هنا اختلاف آخر بينهم فقيل بحجية الاستفاضة اذا افادت ظنا و قيل اذا افادت علما يقينا و قيل اذا افادت علما عاديا.

و قد عرفت الاحق بالاتباع و كفاية الاطمينان و العلم العادى لجواز اجراء الاحكام و الشهادة و القضاء و انه لا دليل على كفاية الظن و اعتبار القطع الفلسفي.

نعم لا بد ان يحصل الاطمينان من طريق مقبول عند العقلاء فلا عبرة به اذا حصل

١: و اما البيع و الهبة و نحوهما فلا يثبت بالاستفاضة لامكان ثبوتها بالعلم كما قيل.

من قول واحد و من بعض امور حدسية بعيدة مثلا و لا عيب في هـذا القـول سـوى عدم ذهاب الفقهاء اليه عند من لا يجيز مخالفة المشهور... و الله العالم.

مسألة ٢٤: قيل لا اشكال و لا خلاف في ان التصرف بالبناء و الهـدم و الاجـارة و نحو ذلك بغير منازع ينازعه فيه يشهد له بالملك المطلق اذا كان مـع الاستفاضـة بـل المشهور ذلك و ان لم يكن معه استفاضة بل ادعى عليه الاجماع و انه لا ريب فيه.

أقول: أما مع الاستفاضة المفيدة للاطمينان فلا مانع منه على المشهور أما بـدونها فلا دليل على جواز الشهادة بها و ان افاد الاطمينان بمذاقهم على انها فيه اشكالا نبـه عليه في الجواهر[١] و الله العالم.

مسألة ٢٥: اذا مات الشاهد أو جن أو اغمى عليه بعـد الشـهادة صـح للحـاكم ان يحكم بشهادته بلا خلاف ـ كما قيل بلاصالة صحتها و كذا اذا شهد ثم زكى بعد الموت و غيره، و أما اذا فسق ولو بالكفر قبل الحكم فان أوجب ذلك شكا في العدالة السابقة كما اذا ثبت عدالته باطمينان القاضي فشك بفسقه هذا في عدالته السابقة فـلا ينبغـي الاشكال في بطلان الشهادة، و أما اذ ثبتت عدالته بالبينة مثلا فالظاهر قبـول الشـهادة مطلقا لان الثابت بالدليل تحقق العدالة حين الاداء دون بقائها الى حكم الحـاكم هـذا بحسب القاعدة.

و أما بحسب الفتوى ففي قبول مثل هذه الشهادة في حقوق الناس اختلاف فقيـل بالقبول قيل بالرد و لعل القائل به أكثر و أما في حقوق الله فادعى الاتفاق علـى عـدم القبول و على عدم حكم الحكم به لدرء الحدود بالشبهات.

أقول: لا شبهة في البين كما عرفت فان تم اجماع تعبدى فهو.

مسألة ٢٦: لا يثبت الزنا و السحق و اللـواط بشـهدة رجلـين عـدلين. بـل لا بـد من شهادة أربعة رجال لصحيح الحلبي عن الصادقعليه السلام حد الرجم ان يشهد أربع انهم

١: يقدم شهادة الملك على شهادة التصرف على ما مر فى كتاب القضاء و اذا شهد بالملـك المطلـق استـناد الـى التصرف تعارضت البينتان فهذا تدليس يجب اجتنابه عند وقوعه. هذا ملخص اشكاله و هو موجه.

رأه يدخل و يخرج[١] و لموثقة أبي‌بصير عن الصادقعليه السلام لا يرجم الرجل و المرأة حتى يشهد عليها أربعة شهداء على الجماع و الايلاج و الادخال كالميل في المكحلة[٢].

و في موثقة عمار عن الصادقعليه السلام في رجل يشهد عليه ثلاثة رجال انه قد زنى بفلانة و يشهد الرابع انه لا يدري ممن زنى؟ قال: لا يجلد و لا يرجم[٣] و مثله في عدم ثبوت الحد و الجلد صحيح محمد بن قيس[٤] الاتى و قريب منها غيرها من الصحاح و بعضها يشمل اللواط في الجملة أيضا.

قال الله تعالى: «وَ اللَّاتِي يَأْتِينَ الْفاحِشَةَ مِنْ نِسائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا»[٥] و الاية باطلاقها يشمل الزنا و السحق، و قال الله تعالى: «وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَناتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَداءَ»[٦] و قال الله تعالى: «لَوْ لا جاؤُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَداءَ».[٧]

ثم بين الله تعالى حكم اللواط بعد بيان حكم الزنا و السحق في آية النساء و لم يبين طريق ثبوته فلعله لوحدة طريقه و طريقهما.

و على الجملة يلحق اللواط بالزنا في ذلك بلا خلاف عند الاصحاب، بل ادعى عليه الاجماع و يمكن ان يستدل له بصحيح محمد بن قيس عن الباقر عن أمير المؤمنينعليه السلام: لا يجلد رجل و ل امرأة حتى يشهد عليهما أربعة شهود على الايلاج و الاخراج...[٨] قال اطلاقه يشمل اللواط أيضا.

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص٣٧١ و لعل كلمة أربع اشتباه، و الصحيح أربعة.

٢. *المصدر*، ص٣٧١ و لعل كلمة أربع اشتباه، و الصحيح أربعة.

٣. *المصدر*، ص٣٧٢.

٤. *المصدر*، ص٣٧٣.

٥. النساء(٤): ١٥.

٦. النور(٢٤): ٤.

٧. النور(٢٤): ١٣.

٨. *الوسائل*، ج١٨، ص٣٧٣.

فاذا توقف الحد على الاربعة توقف القتل عليها بالاولوية.

مسألة ٢٧: يثبت الرجم بشهادة ثلاثة رجال و امراتين أيضا لصحيح الحلبي عن الصادق‌عليه‌السلام قال سألته عن شهادة النساء في الرجم فقال: اذا كان ثلاثة رجال و المرئتان و اذا كان رجلان و أربعة ن سوة لم تجز في الرجم.[1]

و صحيح بن سنان عنه‌عليه‌السلام: لا تجوز شهادة النساء في رؤية الهلال و لا يجوز في الرجم شهادة رجلين و أربع نسوة، و يجوز في ذلك ثلاثة رجال و أمرئتان[2] و هما كما ترى غير مختصين بالزنا بل وردا في الرجم مطلقا فاذا رجم في اللواط و غيره ثبت شهادة ثلاثة رجال و أمراتين. لكن في صحيح محمد بن مسلم عن الصادق‌عليه‌السلام: اذا شهد ثلاثة رجال و أمرأتان لم يجز في الرجم و لا تجوز شهادة النساء في القتل[3] و عن الشيخ حملها على التقية و على كل يظهر من الشهيد الثاني في اللمعة المفروغية من عدم ثبوت السحق و اللواط بثلاثة رجال و المرأتين.

نعم يثبت حد الزنا برجلين و أربع نسوة لقول الصادق‌عليه‌السلام في صحيح الحلبي: و ان شهد عليه رجلان و أربع نسوة فلا تجوز شهادتهم و لا يرجم و لكن يضرب حد الزاني[4] و قيل ان هذا هو مختار المشهور خلافا لجمع حيث لم يثبتوا الحد بذلك أيضا.

مسألة ٢٨: لازم قول الرسول الاكرم‌صلى‌الله‌عليه‌وآله: انما اقضى بينكم بالبينات و الايمان ثبوت جميع الاشياء بالبينة و الا لم يصح قضاء النبي الاعظم‌صلى‌الله‌عليه‌وآله بها عند التنازع و الترافع فهذا يفيد عموم حجية البينة.

لكن الصحيح تها ثبوت كل شيء متنازع فيه في مقام القضاء و فصل النزاع و حسم الاختلاف لا مطلقا ولو في غير فرض الاختلاف لاحتمال تسهيل الامر في باب حل الاختلافات و فصل المرافعات، و يدل عليه حجية الايمان في باب القضاء

---

١. *المصدر*، ص٢٥٨.

٢. *المصدر*، ص٢٦٠.

٣. *المصدر*، ص٢٦٤.

٤. *المصدر*، ص٤٠١.

فانها غير مثبتة لشيء في غير مورد النزاع و التحاكم فلا يثبت كرية ماء بيمين ثقة أو عدل واحد مثلا.

لكن الناظر في الروايات الواردة في البينة ربما يطمئن بحجية البينة في كل الموارد و عدم اختصاصها بمورد دون مورد كما ان المفهوم منها كفاية الاثنين لا أزيد منها.

و المتيقن من البينة ولو بملاحظة سائر الروايات الرجلان العادلان دون النساء و الايمان و المتحصل حجية شهادة الرجلين العدلين في تمام الفقه الا فيما ثبت اعتبار أزيد منهما كما في الرجم و الحدّ.

مسألة ٢٩: المستفاد من بعض الروايات عدم اعتبار شهادة النساء في غير العذرة و النفساء كصحيح العلاء و مضمرتي بن مسلم[١] ففي احديهما لا تجوز شهادة النساء في الهلال و لا في الطلاق و قال: سألته عن النساء تجوز شهادتهن؟

قال في العذرة و النفساء ففي غيرهما لا تعتبر شهادتهن الّا اذا ما دلّ الدليل عليه بخصوصه مثل ما يلي من الموارد.

الاول: الدية ففي صحيح جميل و غيره عن الصادقعليه السلام قلنا أتجوز شهادة النساء في الحدود؟ فقال القتل وحده، ان علياعليه السلام كان يقول: لا يبطل دم امرء مسلم[٢] و في صحيح محمد بن قيس عن الباقرعليه السلام: قضى أميرالمؤمنينعليه السلام في غلام شهدت عليه امرأة انه دفع غلاما في بئر فقتله فاجاز شهادة المرأة بحساب شهادة المرأة.[٣]

لكن في صحيح ربعي عنهعليه السلام: لا تجوز شهادة النساء في القتل[٤] و مثله صحيح محمد بن مسلم.[٥]

---

١. *المصدر*، ج١٨، ص٢٦٢و٢٦١.

٢. ص٢٥٨.

٣. *الوسائل*، ج١٨، ص٢٦٣.

٤. *المصدر*، ص٢٦٣.

٥. ص٢٦٤.

أقول: الجمع بين الروايات يقتضي قبولها في الدية دون القود و قد نقله المسالك عن جمع كثير.

و قد دلّ على الاخير صحيح غياث و في السند محمد بن خالد البرقي ـ عن الصادقعليه السلام عن أبيه عن أميرالمؤمنينعليه السلام لا تجوز شهادة النساء في الحدود و لا في القود.

ثم ان الدية كالوصية و الميراث يثبت بشهادة كل واحدة منهن ربعها و نقل عن المشهور عدم قبوله في الدية لكن صحيح محمد بن قيس يدل عليه[1] و أما في الوصية و ميراث المستهل فالظاهر انه لا خلاف فيه. يقول السيد الاستاذ:

و لا فرق بينما كانت الدية ثابتة بالاصالة كما في القتل الخطائي و... و ما لم تكن ثابتة بالاصالة كما في القتل العمدي و ذلك فانه اذا ثبت القتل بشهادة النساء لانه لا يبطل دم امرئ مسلم و لم يجزء القود ثبتت الدية لا محالة. (فتأمل فيه)

و في المسالك: ان محل الاشكال شهادتهن منضمات الى الرجال، أما على الانفراد فلا تقبل شهادتهن قطعا و شذ قول أبيالصلاح بقبول شهادة امرأتين في نصف دية النفس و العضو و الجراح و المرأة الواحدة فى الربع.

و في الجواهر ص ١٦٥ ج ٤١: و هو كذلك اذا كان المراد بالانفراد حتى عن اليمين امّا معه فالظاهر قبول المرأتين في ما يوجب الديّة كالرجل مع اليمين.

الثاني: النكاح، ففي صحيح داود بن الحصين انه سأل الصادقعليه السلام عن شهادة النساء في النكاح بلا رجل معهن اذا كانت المرأة منكرة فقال لا بأس به[2] و لاجله يحمل صحيح الحلبي على الاكمل حيث قيّد جواز شهادتهن في النكاح بما اذا كان

---

١. فى *الجواهر*، ج ٤١، ص ١٧٤: بعد نقله عن الكافى و الغنية و الاصباح: لخبرى ابنى قيس و الحكم المتقدمين سابقا اللذين لم يجمعهما شرايط الحجية .. لكن لم نعلم مراده من شرايط الحجية! فهو قد يقبل الضعف و قد يرد الصحاح كما فى المقام، و الظاهر انه لا ضابط له فى رد الاسناد و قبولها، بل ينظر الى الشهرة أو الاطمينان الشخصى فى كل مورد.

٢. *الوسائل*، ج ١٨، ص ٢٦٥.

معهن رجل[١] لكن عن جمع بل نسب الى المشهور عدم الاعتبار بها فيه مطلقا و عن جماعة كثيرة من القدماء قبول شهادتهن مع الرجال و لا قائل بقبولها بلا رجال. و قيل ان رواية داود شاذة مهجورة فان تم هذا نعتمد على صحيح الحلبي.

الثالث: الوصية، ففي الصحيح: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في وصية لم يشهدها الا امرأة فقضى ان تجاز شهادة المرأة في ربع الوصية[٢] و هذا مما لا خلاف فيه كما قيل و يدل عليه روايات اخر لكن في صحيح بن بزيع عن الرضا عليه السلام عدم جواز شهادتهن فيها[٣] فيحمل على ضرب من الكراهة أو على التقية.

الرابع و الخامس: الميراث و الولادة ففي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: و سألته عن شهادة القابلة في الولادة قال تجوز شهادة الواحدة ص ٢٥٨ و ص ٢٦٨ ج ١٨.

و في صحيح عمر بن يزيد (على تردد في عمر) عنه عليه السلام... فشهدت المرأة التي قبلتها انه استهل و صاح حين وقع الى الارض ثم مات، قال: على الامام أن يجيز شهادتها في ربع ميراث الغلام[٤] و قريب منه صحيح بن سنان عنه و فيه: قلت فان كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما في النصف من الميراث (ص ٢٦٨ ج ١٨).

و في صحيح بن سنان عنه عليه السلام و تجوز شهادة القابلة وحدها في المنفوس ص ٢٦٠ و في موثقة سماعة المضمرة: القابلة تجوز شهادتها في الولد على قدر شهادة امرأة واحدة (ص ٢٦٣ ج ١٨).

أقول: لا يبعد الاكتفاء بصدق القابلة دون عدالتها و من يعتبر عدالتها فقد بعد عن الحق و لا خصوصية للقابلة في جواز الشهادة بل يجوز شهادة المرأة و ان لم تكن قابلة للروايات فشهادة كل واحد يثبت بربع الوصية فان شهدت أربع يثبت تمام المال الموصى به.

---

١. ص٢٥٨.
٢. ص٢٦١.
٣. ص٢٦٦و٢٦٧.
٤. *الوسائل*، ج١٨، ص٢٥٩.

مسألة ۳۰: هل يثبت نصف الوصية و الميراث و الدية بشهادة رجل واحد كما احتمل و ان لم يوجد به قائل أو ربعه كما عن بعضهم أو لا يثبت به شيء كما في الجواهر[1] فيه وجوه.

مسألة ۳۱: هل يجوز للمرأة تضعيف المشهود به حتى يصل الحق المعلوم الى صاحبه و لم تكذب فى شهادته بان تورى؟ فيه وجهان.

السادس: الدين، ففي صحيح الحلبي عن الصادقعليه السلام: ان رسول الله صلى الله عليه وآله اجاز شهادة النساء فى الدين و ليس معهنّ رجل ج۱۸، ص ۲۶۲ و ۲٦۷.

و في صحيح آخر له عنهعليه السلام ان رسول اللهصلى الله عليه وآله أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله ان حقه لحقّ، ج۱۸، ص ۱۹۸.

أقول: ان شهدت أربع نسوة يثبت الحق كله من دون احتياج الى يمين المدعي و ان شهدت ثنتان منهن فلابد للمدعي فى اثبات حقه من يمين[2] و لا يوزع الدين أرباعا على شهادة كل واحدة منهنّ كما في الدية و الميراث و الوصية.

السابع: الامر الدون، ففي موثقة عبيد عن الصادقعليه السلام: تجوز شهادة المرأة في الشيء الذي ليس بكثير فى الامر الدون، و لا تجوز فى الكثير ج۱۸، ص ۲٦۳ و لا أدري هل به قائل منا أم لا؟

الثامن: الصوم، ففي صحيح داود عنهعليه السلام لا تجوز شهادة النساء في الفطر الّا شهادة رجلين عدلين و لا بأس فى الصوم بشهادة النساء ولو امرأة واحدة ج۱۸، ص۲٦۲ لكن لا بد من حمله على محمل غير مناف للقواعد.

التاسع: كل ما لا يجوز للرجال النظر اليه و كل عيب لا يراه الرجل له وثقة بن بكير عنهعليه السلام تجوز شهادة النساء في العذرة و كل عيب لا يراه الرجل.

و لصحيحة بن سنان عنهعليه السلام و تجوز شهادة النساء وحدهن بلا رجال فى كل ما لا يجوز للرجال النظر اليه ج۱۸، ص ۲٦۰.

---

۱. ج۲۸، ص۳۵۳ و ج٤۱، ص ۱۷٤.

۲. لاحظ: *مبانى تكملة المنهاج*، ج۱، ص۱۲۸ فان ظاهرها المنافاة لما ذكرنا.

و قد دلّت روايات كثيرة على جواز شهادتهن في العذرة و النفساء ص ٢٥٨ الى ص ٢٦٨ ج ١٨.

و في الجواهر: و ضابطه ما يعسر اطلاع الرجال عليه غالبا بلا خلاف أجده.

أقول: و يدخل في العموم الرضاع و عيوب النساء. خلافا لما عن الاكثر المدعى عليه الاجماع من المنع فى الرضاع.

مسألة ٣٢: ـ المشهور ـ كما قيل ان كل موضع يقبل فيه شهادة النساء لا يثبت بأقل من أربع قيل و يمكن دعوى القطع به من الكتاب و السنة ان المرأتين تقومان مقام الرجل فى الشهادة، و عن المفيد و ابي‌الصلاح الاكتفاء بالمرأتين فى المورد التاسع لكن فى معتبرة داود السابقة و الاتية اجازة أميرالمؤمنين عليه السلام شهادة المرأتين فى النكاح عند الانكار فلاحظ.

مسألة ٣٣: لا ريب فى ثبوت الدين بشهادة الرجل و المرأتين لقوله تعالى: «فَإِنْ لَمْ يَكُونا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ»[١] و لبعض الروايات المعتبرة سندا بل يثبت به كل ما يثبت بأربع نسوة بالاولوية اذا فرض تحمل الشهادة على وجه غير محرم فى بعضها فان قيام المرأتين مقام الرجل فى فرض عدم وجوده.

و نسب الى المشهور ثبوت الغصب و الوصية اليه و الاموال و المعاوضات و الرهن بل الوقف و العتق على قول جمع بها و لعل لفهمه من ثبوت هذه الامور بشهادة رجل و يمين المدعي و لا يخلو عن شيء و ان كان الاحوط المنع لعدم القطع بالاولوية و بالملازمة العرفية و ان كانت الثانية مظنونة قويا. و العمدة ذيل معتبرة داود عن الصادق عليه السلام و هو: و كان أميرالمؤمنين عليه السلام يجيز شهادة المرأتين فى النكاح عند الانكار و لا يجيز في الطلاق الّا شاهدين عدلين فقلت فانى ذكر الله تعالى: فرجل و امرأتان فقال: ذلك فى الدين اذا لم يكن رجلان فرجل و امرأتان و رجل واحد و يمين المدعي اذا لم تكن امرأتان... .

---

١. البقرة(٢):٢٨٢.

فانه يدل على تأخر اليمين عن المرأتين، فاذا قلنا بثبوت حقوق الناس بشهادة الواحد و يمين المدعي لصحيح محمد بن مسلم عن الباقرعليه السلام لو كان الامر الينا أجزنا شهادة الواحد اذا علم منه خبر مع يمين الخصم فی حقوق الناس.[۱]

فلنقل به بشهادة الرجل و الامرأتين الّا فيما دل الدليل على عدمه بالخصوص كالطلاق مثلا و يؤيد أو يدل عليه ما في الجواهر[۲] فی رد اختصاص الادلّة بالدين. لكن قد يدفع بظهور ما في ذيل الاية (البقرة ۲۸۲) من الاشهاد على البيع فی ارادة الاشهاد السابق الذي كان منه الرجل و المرأتان، متمما بعدم القول بالفصل.

فالاظهر ـ انشاء الله ـ ثبوت مطلق حقوق الناس بشهادة الرجل و المرأتين الا فيما دل الدليل على عدم ثبوته بها كالطلاق[۳] و القصاص. و الاحوط المؤكد الاقتصار بها في الدين فقط.

نقل و تأكيد

قال في الشرايع: و منها ما يثب بشاهدين و بشاهد و امرأتين و بشاهد و يمين و هو الديون و الاموال كالقرض و القراض و الغصب و عقود المعاوضات كالبيع و الصرف. و السلم و الصلح و الاجارة و المساقاة و الرهن و الوصية له و الجناية التي توجب الدية (و في الجواهر) كالخطأ و شبه العمد و قتل الحر العبد، و الاب الولد و المسلم الذمي و الصبي و المجنون و غيرهما و المأمومة و الجائفة و كسر العظام و غير ذلك مما كان متعلق الدعوى فيه مالا أو مقصودا منه المال فان ذلك هو الضابط عندهم لهذا القسم.[٤]

أقول عرفت انه لا بعد في اثبات مطلق حقوق الناس بها و ان لم يكن المقصود مالا و هذا هو مختار صاحب الجواهر أيضا.

---

۱. *الوسائل*، ج۱۸، ص ۱۹۵و ۱۹٦.
۲. ج٤۱، ص۱٦۷.
۳. لاحظ: *الوسائل*، ج۱۸، ص۲۵۸و۲٦۲.
٤. *الجواهر*، ج٤۱، ص ۱٦۵.

مسألة ٣٤: الاظهر ثبوت حقوق الناس بشهادة المرأتين و يمين المدعى لحسنة منصور بن حازم- بطريق الصدوق‌بعن الكاظم‌عليه السلام: اذا شهد لطالب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز.[1]

و في الجواهر بعد عبارته المتقدمة: بل الظاهر ثبوت ذلك كله بهما مع اليمين وفاقا للمشهور شهرة عظيمة بل عن الشيخ في الخلاف الاجماع عليه و نقل عن جمع العدم و منهم سيدنا الاستاذ حيث انكر ثبوت مطلق الاموال بهما للمناقشة في صداقة محمد بن علي بن ماجيلويه الواقع في طريق الصدوق الى منصور بن حازم لكنها ضعيفة فانه حسن على الاقل لكثرة ترحم الصدوق عليه و تمام البحث فيه في الرجال. نعم يحتمل انصراف طالب الحق الى طالب الدين فالاحوط الاقتصار عليه.

مسألة ٣٥: لا يعتبر الاشهاد في شيء من العقود و الايقاعات عندنا لعدم دليل عليه[2] الا في الطلاق و الظهار للروايات و لا خلاف فيه أيضا كما قيل، و عن المشهور استحبابه في الدين و البيع للاية الشريفة بعد قيام السيرة القطعية بل الضرورة على جوازهما بغير الاشهاد، و ناقش فيه بعضهم بدعوى ان الامر في الاية ارشادي و ليس امرا مولويا.

مسألة ٣٦: يجب تحمل الشهادة اذا أشهده المشهود له أو المشهود عليه و يجب ادائها و الظاهر عدم وجوب الشهادة من دون اشهاد الا في بعض صور ذكرناه في مادة الكتمان في الجزء الثاني من حدود الشريعة في محرماتها، و يدل على الحكم الايات و الروايات ففي صحيح هشام عن الصادق‌عليه السلام في قول الله عز و جل و لا يأب الشهداء اذا ما دعوا قال قبل الشهادة و قوله: و من يكتمها فانه أثم قلبه قال بعد الشهادة.[3]

و ظاهر الادلة كون الوجوب عينيا لكن الاكثر على كون كفائيا و لم يظهر وجهه

---

١. *المصدر*، ص١٩٨.

٢. و عن ابن عقيل اعتباره في النكاح و استدلاله ضعيف، نعم يستحب لرواية داود المشار اليها سابقا

٣. تفسير *البرهان*، ج١، ص٢٦٣ و *الوسائل*، ج١٨، ص ٢٢٥.

للسيد الاستاذ فالتزم الاول و قال ليس للشاد أن يكتم شهادته و ان علم ان المشهود له يتوصل الى اثبات مدعاه بطريق آخر، نعم اذا ثبت الحق بطريق شرعي سقط الوجوب لكن الاظهر كونه كفائيا و وجهه غير خفي.

نعم لا بأس بكون تحملها عينيا فيجب و ان اشهد المشهود له جمعا قبله لاحتمال الحاجة اليها بمرض أو سفر أو موت بعض الشهود أو للتعارض و الترجيح بكثرة الشهود لكن الاستاذ قال بكفاية وجوب التحمل و هذا منه عجيب نعم ناقش صاحب الجواهر في أصل وجوبه وفاقا للحلي فلاحظ.[1]

مسألة ٣٧: هل يجب الشهادة عند من كان الترافع اليه محرما ظاهر بعض الكلمات هو الاول و لكن انصراف الادلة عنه قوي، و أما اذا كان حكمه غير نافذ فالظاهر الوجوب للاطلاق فافهم.

مسألة ٣٨: اذا طلب المشهود له أكثر من اثنين للشهادة فان كان في شهادة الزايد أثر لاثبات حقه وجب الاجابة و الاداء للاطلاق و الا لا دليل على الوجوب لان الغية منه اثبات الحق دون السلطة المطلقة للمشهود له على الشهود.

مسألة ٣٩: اذا نسى المدعي الشاهد وجب الشهادة لاطلاقات الادلة.

مسألة ٤٠: هل يجب على فاقد شرائط الشهادة التحمل و الاداء فيه وجهان و الظاهر عدم الوجوب اذا علم برد شهادته فان الشهادة و ان كانت لله تعالى لكنها ليست تعبدية بل هي للتوصل الى اثبات الحق جزما، و على هذا اذا كان في رد شهادته اهانة و اذلالا له حرم الاداء و أما اذا حصل الاذلال بالشهادة المقبولة فالظاهر بقاء الوجوب للاطلاق فتدبر.

مسألة ٤١: اذا كانت الشهدة ضررية سقط وجوبها لنفي الضرر و لا خلاف فيه كما قيل. و كذا اذا كان تحملها أو أدائها حرجيا لقاعدة نفي الحرج.

مسألة ٤٢: و الظاهر عدم وجوب تحمل مؤنة السفر على الشاهد اذا توقفت عليه بل على المدعي فافهم.

---

١. *الجواهر*، ج ٤١، ص ١٨١.

مسألة ٤٣: اذا كان المديون معسرا لا مال له و يوجب الشهادة ضررا عليه كحبسه فالظاهر عدم الجواز، و لعله لا خلاف فيه، ففي صحيح محمد بن القاسم (و في السند محمد بن خالد البرقي) عن أبي‌الحسن عليه السلام قال سألته عن رجل من مواليه عليه دين لرجل مخالف يريد أن يعسر و يحبسه و قد علم (الله) انه ليس عنده و لا يقدر عليه و ليس لغريمه بينة هل يجوز له أن يحلف له ليدفعه عن نفسه حتى ييسر الله له؟

و ان كان عليه الشهود من مواليك قد عرفوه انه لا يقدر هل يجوز أن يشهدوا عليه؟ قال لا يجوز أن يشهدوا عليه و لا ينوي ظلمه.

و منه يظهر لزوم حمل صحيح علي بن سويد[1] على محمل غير مناف لمفروض هذه الرواية.

الشهادة على الشهادة

مسألة ٤٤: قضية اطلاق الروايات الدالة على حجية و الشاهدين قبول الشهادة على الشهادة مطلقا و لا خلاف فيه في الجملة، بل نسب بعضهم الاجماعات المنقولة عليه الى التواتر و أما الروايات الواردة في خصوص المقام فهي ضعيفة سندا أو لا اطلاق لها يشمل جميع الموارد كمعتبرة غياث عن الصادق عليه السلام ان عليا كان لا يجيز شهادة رجل على شهادة رجل الا شهادة رجلين على شهادة رجل.[2]

مسألة ٤٥: مقتضى الاطلاقات قبول الشهادة على الشهادة على الشهادة و قد قال به بعضهم لكن المشهور المدعي عليه الاجماع عدم القبول و لم يعلم وجهه و لعله للانصراف.

مسألة ٤٦: لا تقبل الشهادة على الشهادة في الحدود لصحيح غياث عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام لا تجوز شهادة على شهادة في حد و لا كفالة في حد.[3]

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص٢٤٩.

٢. *المصدر*، ص٢٩٨.

٣. *المصدر*، ص٢٩٩.

و هذا في حقوق الله المحضة موضع وفاق ظاهرا و في حقوق الله المشتركة كالحد في السرقة و القذف مشهور و مشمول للصحيح المذكور.

و في الجواهر: يقوى ثبوت غير الحد من الاحكام المترتبة على موضوع الحد كنشر الحرمة بام الموطوء و اخته و ابنته و بنت العمة و الخالة بالزنا بهما و كثبوت المهر للمزني بها المكرهة و غير ذلك... نعم الظاهر عدم ثبوت التعزير بها فيما يوجبه لاحتمال كون المراد بالحد ما يشمله.[١]

و في محل آخر: ولو باللواط أو بالزنا بالعمة و الخالة و البهيمة ثبتت بشهادة الشاهدين لاطلاق الادلة و تقبل في ذلك الشهادة على الشهادة للاطلاق أيضا و لا يثبت بها حد و يثبت انتشار حرمة النكاح و كذا التعزير بناءا على انه من الحدود في وطيء البهيمة و يثبت تحريم الاكل في المأكولة على المقر و في الاخرى وجوب بيعها عليه في بلد آخر... .

أقول لا بأس بما ذكر و لا مانع من التفكيك بين الحد و غيره من الاحكام فيمكن ضمان السارق دون حده.

مسألة ٤٧: لا تثبت الشهادة على الشهادة بشهادة رجل و هو واضح و لا بشهادة أربع نسوة على المشهور خلافا للاسكافي و الشيخ[٢] و لا بشاهد و يمين أو شاهدتين و يمين فتأمل.

و أما ثبوتها بشهادة رجل و امرأتين فلا بأس به ظاهرا و لا نظارة لصحيح غياث الى هذه الجهة و الا لم تصح شهادة العدلين على شهادة المرأة مع انه لا قائل به ظاهرا.

مسألة ٤٨: المشهور شهرة عظيمة المدعي عليه الاجماع عدم قبول شهادة الفرع الا عند تعذر حضور شاهد الاصل و استدل له بالاجماع و رواية محمد ابن مسلم[٣] لكن

---

١. *الجواهر*، ج٤١، ص١٩٢و٢٠٩.

٢. لاحظ: *الجواهر*، ج٤١، ص٢٠٧ و انا متوقف فى المسألة بشقوقها.

٣. *الوسائل*، ج١٨، ص٢٩٧.

الاول منقول غير معتبر و الثاني ضعيف سندا و لذا ذهب الاستاذ تبعا لكاشف اللثام و غيره الى عدم الاشتراط.

مسألة ٤٩: اذا أنكر الاصل شهادة الفرع فقيل ان كان بعد حكم الحاكم لا يلتفت الى انكار الاصل لان الشهادة قد ثبتت بالبينة الشرعية و كان حكم الحاكم مبنيا عليها فلا تنقض بانكار الاصل شهادته. و اذا كان قبله فلا يلتفت الى شهادة الفرع نعم اذا كان شاهد الفرع أعدل ففي عدم الالتفات اليه اشكال و الاقرب هو الالتفات و قيل غير ذلك.

و الاقرب انه لا فرق بين صدور الحكم و عدمه فان كان أحدهما أعدل يقدم قوله و الا لا أثر لشهادة الفرع لصحيح عبد الرحمن عن الصادق في رجل شهد على شهادة رجل فجاء الرجل فقال اني لم أشهده قال تجوز شهادة أعدلهما و ان كانت عدالتهما واحدة لم تجز شهادته و قريب منه صحيح بن سنان عنه[1] نعم ظاهرهما جواز شهادة واحد لاثبات شهادة الاصل و لا بد من علاجه، و أما اذا لم ينكر الاصل بل ادعى الجهل و عدم التذكر فالظاهر قبول شهادة الفرع.

مسألة ٥٠: لو تغيرت حال الاصل بفسق أو عداوة للمشهود عليه لم يحكم بالفرع كما لو طرأت عليه قبل الحكم بشهادته لان الحكم مستند الى شهادة الاصل. نعم لو طرء الجنون أو الاغماء لم يؤثر بناءا على عدم قدح طرو ذلك في شاهد الاصل بعد اقامتها فالمدار حينئذ في ابطال الطاري و عدمه، على افساد شهادة الاصل بطروه عليه و عدمه بلا خلاف أجده في شيء من ذلك كما قيل.[2]

أقول: لا فرق بين الفسق و العداوة و بين الجنون و الاغماء كما مر في المسألة (٢٥).

مسألة ٥١: اذا سمى الفرعان الاصل و عدلاه فهو و ان سمياه و لم يعدلاه فالحكم

---

١. لاحظ الروايتين في *الوسائل*، ج١٨، ص٢٩٩و ٣٠٠.

٢. *الجواهر*، ج ٤١، ص ٢٠٦.

موقوف على ثبوت عدالته عند الحاكم ولو عدلاه و لم يسمياه قيل لا يوجـد خـلاف بيننا في عدم القبول لان الحاكم قد يعرفهم بالجرح، و لان ذلك يسد باب الجرح على الخصم. أقول: و فيه بحث و اشكال قوي.

نعم لا يحرم الشهادة على شهادة غير العادل كما عن المفيد بل تجوز الشهادة على شهادة المجهول الحال، و انما لا يجوز للحاكم أن يقبل شهادة غير العادل.

الكلام فی اعتبار التوارد

مسـألة ٥٢: مقتضى اعتبار التعدد في الشاهد توارد شهادة الكل على شيء واحد و هذ ظاهر، فلا تقبل الشهادة مع الاختلاف في المورد كما اذا شهد أحـدهما بـالبيع أو الغصب و الاخر بالاقرار بالبيع أو بالملك، أو في الزمان كما اذا شهد أحـدهما بـالبيع في النهار و الاخر في الليل، أو في المتعلق كما اذا شهد أحدهما بسرقة دينار و الاخر بسرقة درهم أو لباس وقس على ذلك غيرها.

و بالجملة ليس للقاضي الحكم بالقدر المشترك بين الشهادتين بعد اختلافهما فـي القيد المقوم له و ان اتفقا على وحدته كما استظهر من كلام الاصـحاب فـي القتـل و غيره من الافعال التي لا تقبل التعدد.

مسألة ٥٣: اذا شهد بسرقة ثوب بعينه لكن قال أحـدهما ان قيمتـه درهـم و قـال الاخر ان قيمته درهمان ثبتت بشهادتهما و الواجب على السارق دفـع الاقـل اذا لـم يحلف المدعي على الاكثر.

و اذا اختلفا في الثمن فقال أحدهما انه باع بدرهم و الاخـر بـدرهمين لـم يثبـت شيء لما مر.

ولو شهد أحدهما باقراره بالعربية و الاخر بالانجليزية مـثلا فـان أطلقـا أو وقتـا بوقتين قبل و ان وقتا بوقت واحد سقطت الشهادتان للتكاذب.

و كذا اذا شهد أحدهما انه أقر عنده بمصر بكذا و الاخر انه أقر بطهران بكذا.

مسألة ٥٤: تثبت الدعوى في الفروض السابقة بيمين المـدعي منضـمة الـى أحـد

الشهادتين في حقوق الناس و لا تثبت بها اذا كانت في الحد و الهلال و نحوهما. على نحو مر تفصيله.

مسألة ٥٥: اذا لم توارد البينتين على شيء واحد كما اذا شهدت احديهما على الثوب و الاخرى على الراديو ثبوت الامر ان لعدم التعارض، و ثبت القطع أيضا ـ في السرقة ـ بل لا تعرض بينهما حتى اذا فرض اتحاد العين و أمكن التعدد بسرقتها مرتين في الوقتين بلا اشكال و لا خلاف كما قيل.

و أما اذا لم يمكن التعدد قيل سقط القطع للشبهة و لم يسقط الغرم بلا خلاف لثبوت سرقة العين باتفاق البينتين عليه فتأمل.

مسألة ٥٦: قال في محكى المستند: يشترط في قبول الشهادة مطابقتها للدعوى فان خالفت الشهادة للدعوى كلا أو بعضا طرحها كان يدعي عشرة عن البيع و شهدا بعشرة اجرة الدار و لا يضر الزيادة و النقصان ما لم يخالف.

و استدل له بعض أهل العصر بعد اختياره بأن ظاهر الادلة الحكم بالدعوى اذا قام على طبقها الشهادة.

أقول البينة حجة شرعية لا يشترط في اعتبارها تحقق الدعوى المطابقة لها نعم لا يجوز للمشهود له أخذ المشهود به اذا كان عالما بعدم استحقاقه و هذا أمر آخر سوى الاشتراط المذكور و لذا لا يجوز أخذه في فرض الشك و عدم الدعوى.

مسألة ٥٧: اذا شهد واحد بالاقرار بألف و الاخر بألفين ولو في وقت واحد يثبت الالف بهما و الالف الاخر بانضمام اليمين الى الثاني لعدم التعارض بين المشهود بهما و ان امتنع التلفظ بلفظين مختلفين في وقت واحد، فان الشهادة بألف دينار لا تنفي الزايد فيجوز أن لا يكون الشاهد سمع الا ألف دينار أو لم يقطع الا به و تردد في الزايد أو رأى أن لا يشهد الا به لمصلحة أو لغير مصلحة بخلاف نحو البيع بدينار أو بدينارين فان العقد بدينار ينافي العقد بدينارين كما ذكره في الجواهر تبعا لفتوى الماتن[1] و خالف فيه بعض من تأخر عنهما.

---

١. ج٤١، ص ٢١٥.

مسألة ٥٨: يجوز للشاهدين في غير مقام التدليس و الكذب و اضاعة الحق تصحيح الشهادة على وجه تكون مثمرة عند الحاكم فيشهد شاهدا الغصب و الاشتباه على الملك فقط من دون ذكر السبب و كذا شاهدا البيع و الهبة اللازمة.

الكلام في رجوع الشهود كلا أو بعضا

مسألة ٥٩: لو رجع أحدهما أو كلاهما عن الشهادة قبل الحكم بطلت لانصراف ما دل على حجية الشهادة عن مثلها و للتعارض و لبناء العقلاء على عدم حجية مثل هذه الشهادة و قيل لا تقبل شهادة الغالط في تلك الواقعة لو أعادها لصحيح محمد بن قيس[1] عن الباقرؑ: قضى أميرالمؤمنينؑ في رجل شهد عليه رجلان انه سرق فقطع يده حتى اذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: هذا السارق و ليس الذي قطعت يده و انما اشتبهنا ذلك بهذا فقضى عليهما ان غرمهما نصف الدية و لم يجز شهادتهما على الاخر.[2]

و مقتضى اطلاقه عدم قبول الشهادة في المال المسروق و الحد فيعم حقوق الناس و حقوق الله جميعا و لكن في تخصيص العمومات الدالة على القبول به تأمل بل منعه كاشف اللثام و على القول به لا بد من الاقتصار على مورده و هو الرجوع بعد نفوذ الحكم على المشهود عليه ولو أعاد الشاهدان شهادتهما بعد الرجوع عنهما قبل حكم الحاكم.

علل سيدنا الاستاذ عدم قبولها بأنهما بعد الرجوع يشهدان على خلاف ما شهدا به أولا، حيث ان معنى ابراز الخطأ هو الشهادة على الخلاف، و عليه فكما انها تعرض الشهادة الاولى كذلك تعارض الشهادة الثالثة فلا موجب للقبول.

أقول مع التصريح بالاشتباه لا مجال للتعارض لبناء العقلاء فيقدم اللاحقة على السابقة لا اذا كثر و تلاحق الاعترافات بالخطاء بنحو خرج عن الحد المتعارف عند

---

١. بناء على كونه الثقة.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص٢٤٣.

العقلاء نعم يمكن أن ترد شهادتهما بعد نفوذ الحكم و الرجوع فيما اذا ثبت غرامتهما بدعوى انهما منكران و غريمان. و بالجملة المردود هو شهادتهما على استناد المشهود به الى غير المشهود عليه أو لا بعد نفوذ الحكم عليه ان عملنا بالرواية فلاحظ. ولو كان المشهود به الزنا أو اللواط و اعترف الراجع بالتعمد حذ للقذف، بل قيل به حتى اذا قالوا غلطنا لكنه افراط من القول.

و ان رجع بعد لاحكم و الاستيفاء و تلف المحكوم به لم ينقض الحكم لوجوه:

فمنها الاجماع بقسميه عليه.

و منها صحيح جميل عمن أخبره عن أحدهماعليه السلام: في الشهود اذا رجعوا عن شهادتهم و قد قضى على الرجل: ضمنوا ما شهدوا به و غرموا... .[1]

و منها صحيح هشام عن الصادقعليه السلام كان أميرالمؤمنين يأخذ بأول الكلام دون آخره.

و منها مرسل الصدوق عنهعليه السلام: من شهد عندنا بشهادة ثم غير، أخذناه بالاولى و طرحنا الاخرى.[2]

و منها استصحاب الصحة.

و منها اطلاق ما دل على صحة ما لم يعلم فساده، فان الرجوع لا يدل على فساد الشهادة الاولى اذ يمكن الرجوع كذبا بل هو انكار بعد الاقرار هكذا ذكره صاحب الجواهر[3] لكن الاول منقول و الثاني غير حجة و مثله الرابع على ان اطلاقه و اطلاق قبله متروك عندهم فلاحظ و أما الثالث ففي الوسائل المطبوعة حديثا لا يأخذ مكان يأخذ فهو على عكس المطلوب ادل[4] و لم يعلم النسخة الصحيحة على انه لا بد من تأويله و حمله على محمل صحيح كالانكار بعد الاقرار.

---

١. *المصدر*، ص٢٣٨.

٢. *المصدر*، ص٢٤٣.

٣. ج٤١، ص٢٢٢.

٤. *الوسائل*، ج١٨، ص١٥٨.

و أما الوجهان الاخيران فلا مسرح لهما بعد تبين بطلان مستند الحكم، و مثلهما ما ذكر الاستاذ من الاستدلال بعدم جواز نقض حكم الحاكم كما تشهد به الروايات الواردة في نفوذ القضاء فانه ممنوع في مثل المقام و على المستدل الاثبات وراء هذه الروايات فهذه الوجوه غير تامة.

نعم يمكن الاستدلال للمقام بصحيحتي جميل عن الصادق عليه السلام و اليك أحدهما في شاهد الزور قال: ان كان الشيء قائما بعينه رد على صاحبه و ان لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل.[١]

و ما في الجواهر من أعمية الرجوع من شاهد الزور المراد به المعلوم كونه شاهد زور و الراجع لو صرح بكونه كذلك لم يعلم انه كذلك اذ يمكن كذبه في ذلك.

ضعيف فان العبرة في لضمان بصدق الاتلاف و المتلف، و الفرض تحققه باقراره لكن الكلام في استلزام صحة الحكم من الضمان المذكور؟

ولو رجع بعد الحكم و قبل الاستيفاء ففي حدود الله ينقض الحكم عند المشهور للشبهة و كذا اذا كان الحد للادمي كحد القذف أو مشتركا كحد السرقة لاشتراك الجميع في السقوط بعروض الشبهة بل لا يوجد فيه خلاف كما قيل.

و في الجواهر: نعم يقوى بقاء حكم التوابع التي لم يثبت بالشرع سقوطها بالشبهة فيحرم اخت الغلم الموطوء و امه و بنته و أكل البهيمة الموطوئة المأكولة، و يجب بيع غيرها في بلد آخر و كذا الحكم في المحكوم بردته اذا رجع الشهود قبل قتله فانه يسقط قتله للشبهة لكن تبقى قسمة ماله و اعتداد زوجته.

بل ذهب سيدنا الاستاذ الى بقاء نفوذ الحكم و عدم نقضه، و استدل بأنه ان اريد بالشبهة ما هو أعم من الواقع و الظاهر فلا شبهة في المقام بعد حكم الحاكم و عدم جواز نقضه و ان اريد بها الشبهة بالاضافة الى خصوص الواقع و ان كان الحكم الظاهري معلوما فلا وجه لدرء الحدود بها لوجودها في أكثر موارد القضاء على ان رده الحدود بالشبهات لم يثبت برواية معتبرة.

---

١. *المصدر*، ص٢٣٨

و في حقوق الناس تردد بعضهم و ذهب الى بقاء الحكم بعضهم الاخر حتى في العقوبات كالقتل و الجرح فانها لا تدخل في الحدود عرفا.

أقول: نقض الحكم في الحدود مطابق للقاعدة الاولية لا لدرء الحد بالشبهة فان ما أفاده الاستاذ من الايراد عليه تام.

ثم المنقول عن عامة المتأخرين و القدماء كما استفيد من اطلاق المبسوط انه اذا رجع بعد الحكم و تسليم المال للمحكوم له لا ينقض الحكم و لا تستعاد العين و ان كانت قائمة و من جمع انه ترد العين الى صاحبها.

يقول السيد الستاذ: فكذا الحكم قبل الاستيفاء أو قبل التلف، و تدل على ذلك بضميمة عدم جواز نقض حكم الحاكم الصحيحتان المقدمتان (صحيحتا جميل) فان مقتضى نفوذ القضاء هنا هو تلف المال من المشهود عليه و ان كان قائما بعينه عند المشهود له و بما ان هذا التلف مستند الى شهادد الشاهدين لاسناد الاتلاف في الصحيحتين الى الشاهد فيحكم بضمانهما.

لكن الاتلاف فيهما بمعنى عدم قيام الشيء بعينه جزما لا بالمعنى الذي ذكره فلاحظ الرواية تجده ضعف ما ذكره دام ظله.

نعم يشكل أن يجعل صدر الرواية دليلا على النقض ورد العين في غير فرض الزور و هو فرض الاشتباه و الغلط و الشك في صحة الشهادة، و على كل الظاهر عدم الخلاف في مورد الرواية من رد العين أو اغرام المتلف بل و قتل شاهد الزور قصاصا.

و خلاصة الكلام ان بقاء الحكم و آثاره بعد بطلان الشهادة محتاج الى دليل مفقود و لا فرق بين صدور الشهادة عن كذب و زور أو عن اشتباه و سهو ولو باقرار الشهود بل و حتى باظهار شكهم فى صحة شهادتهم كما جرى عليه بناء العقلاء.

و ان رجع بعد القتل أو الجرح فان قال تعمدت اقتص منهم ان امكن، و ان قال

اخطأت كان عليه الدية في ماله لانه شبيه عمد[1] و ان رجع و لم يعلم عمده و خطائه.

فالاظهر الدية لعدم بطلان دم امرء مسلم. و لولي الدم قتل المقرين بالعمد أجمع ورد الفاضل عن دية صاحبه، و له قتل البعض و يرد الباقون قدر جنايتهم كل ذلك مع انه لا خلاف فى شيء منه بل لعل الاجماع بقسميه عليه لقاعدة قوة السبب على المباشر و عمومات القصاص و ما ورد من حكم المشتركين فى القتل عمد أو خطأ و خصوص صحيح محمد بن قيس السابق كما في الجواهر.

ولو شهد بموجب الجلد فجلد و مات منه ثم رجع الشاهد لا يقتل بل عليه الدية لانه شبيه العمد و ان تعمد الكذب لانه لم يباشر القتل و لا سبب لما يقتل غالبا، ولو صدق السببية فى بعض الموارد جرى عليها حكمها.

مسألة ٦٠: مقتضى القاعدة انه اذا رجع الشهود عن الشهادة فى الزنا بعد قتل الزاني غرم كل واحد منهم ربع الدية سواء رجع أحدهم أو أكثر و يدل عليه رواية السكوني[2] لكن ظاهر روايتين اخريين اغرام الراجع الواحد تمام الدية[3] الا ان الروايات بأسرها ضعاف خلافا للسيد الاستاذ.

مسألة ٦١: تحرم شهادة الزور فانها كذب و افتراء و اضرار و اغراء و في صحيح هشام عن الصادقعليه السلام: قال شاهد الزور لا تزول قدماه حتى تجب له النار.[4]

و منه يظهر حرمة الشهادة مع الشك و الظن لاحتمال الكذب و لا أصل يقتضي نفيه بل الاصل عدم موافقة الكلام للواقع و لا يبعد شمول النصّ له أيضا.

و قد تقدم انتفاض حكم الحاكم عند تبين كونها زورا فان كان عين المال قائمة

---

١. يحتمل عدم ضمان الشاهد اذا خطأ من دون تعمد و تقصير لان الشاهد محسن و لا سبيل على المحسنين و الا لامكن ضمان القاضى ايضا و هكذا فى نظائر المسألة، الا ان يقال انه محسن بالنسبة الى المشهود له دون المشهود عليه فتأمل.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص٢٤٣.

٣. *المصدر*، ص٢٤٠.

٤. *المصدر*، ص٢٣٦.

ترد الى صاحبها و الّا اغرم الشاهد و كذلك المشهود له اذا كان عالما بالحال فانه غاصب و للشاهد اذا اغرم الرجوع اليه.

و اما اذا كن جاهلا ففي استقرار الضمان عليه وجهان ذهب السيد الاستاذ الى ثانيهما فان مقتضى اطلاق قوله ﷺ في صحيحة بن مسلم: يؤدي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله[١] انحصار وجوب الاداء بقدر ما ذهب من المال على شاهد الزور دون من تلف المال بيده حيث انّ الاداء غير الضمان. فتعدد الضمان بتعدد الاشخاص لمال واحد و ان امكن و لكن تعدد الاداء بتعددهم غير ممكن كما أفاده الاستاذ[٢] فتأمل فيه.[٣]

و يجوز للمحدود ضرب الشاهد انتقاما لما مرّ من اقوائية السبب من المباشر بل اذا قتل المشهود عليه قتل الشاهد لانه متلف عامد، و يدل عليه رواية ابراهيم ابن نعيم.[٤]

مسألة ٦٢: اذا انكر الزوج طلاق زوجته و شهد شاهدان بطلاقها و حكم الحكم به ثم رجعا و اظهرا غلطهما، فان قلنا بانتفاض الحكم اعتمادا على القاعدة الاولية فلا شيء عليهما، و كذا ان لم يكن هناك حكم حاكم، و ان قلنا بنفوذ الحكم ولو من جهة الشهرة فان كان رجوعهما بعد الدخول فلا شيء عليهما أيضا لان المهر قد استقر على الزوج بالدخول طلق أم لم يطلق و تفويت منفعة البضع لا يوجب الضمان من دون خلاف معتد به كما في فرض قتل الزوجة أو حبسها أو حبس الزوج. و ان كان قبله فان قلنا بان نصف المهر المسمى من جهة الطلاق ضمناه للزوج و ان قلنا بانه من جهة العقد فان نعتمد فى الحكم على الشهرة أو الاتفاق نغرمهما نصف المهر المسمى أيضا و ان نعتمد على القاعدة فلا نغرمهما شيء كما نبّه عليه بعضهم بل اختاره السيد الاستاذ.

---

١. *المصدر*، ص٢٣٩.

٢. *مبانى تكملة المنهاج*، ج١، ص ١٥٦.

٣. اذ يمكن اشعار صحيحة محمد بن مسلم الاخرى بقوله ص٢٤٢ *المصدر* و سيأتى نقلها فى المسألة اللاحقة.

٤. *الوسائل*، ج١٨، ص٢٤٠ لكن ابراهيم لم يوثق.

و كذا اذا أكذب نفسهما اذ لا يتفاوت الحال به من جهة الغرامة، نعم عليهما التعزير و التوبة عن المعصية حينئذ. و اذا ثبت الزور عند الحاكم فلعله لا خلاف بينهم في انتفاض الحكم من رأس و لا اشكال فيه أيضا لصحيح جميل السابق.

و يحتمل عدم ضمان الشاهد الغالط لنفي السبيل على المحسنين و الشهادة لله احسان فتأمل.

و كذا لا يتفاوت الحال اذا تزوجت بآخر بناء على نفوذ الحكم و أما بناء على انتفاضه و رجوعها الى الزوجية الاولى ففي ضمان الشاهدين المهر للثاني لبحث يأتي.

مسألة ٦٣: اذا شهدا على غائب انه طلق زوجته فاعتدت المرأة و تزوجت و أنكر الزوج بعد قدومه الطلاق و أكذب نفسه أحد الشاهدين فلا سبيل للاخير عليها و يؤخذ الصداق من الذي شهد و رجع فيرد على الاخير و تعتد و لا يقربها الاول حتى تنقضي عدتها كما في صحيح محمد بن مسلم[١] عن الباقر عليه السلام.

أقول: ان فرضنا للرواية اطلاقا يشمل صورة حكم الحاكم أيضا فهي خير دليل على بطلان الحكم ببطلان الشهادة ولو باقرار الشاهد نفسه كما احتملناه حسب القاعدة الاولية[٢] و ان فرضناها غير مطلقة و انها وردت فى قضية فى واقعة فالمتيقن منها فرض عدم تحقق القضاء و تزويج المرأة استنادا الى الشهادة دون الحكم.

ثم الاشكال فى اغرام الراجع تمام المهر كما هو ظاهر الرواية، فان مقتضى القاعدة اغرامه بنصفه، نعم مفروض الرواية صورة دخول الثاني بها لوجوب العدة عليها و مع عدمه يستحق الزوج على الشاهد نصف المهر و النصف الاخر على المرأة ان دفعه اليها.

و اما اذا لم يدفع المهر اليها فلا شيء على الشاهد منه و من المرأة اذ لم يقع عقد

---

١. *المصدر*، ص٢٤٢.

٢. يظهر من صاحب *الجواهر* المفروغية من صدور حكم القاضي فى مورد الرواية لكنها لا شاهد لها.

معتبر تستحق المهر لاجله لكن فى صحيح أبى بصير: لها المهر بما استحل من فرجها للاخير[١] فيغرم الشاهد المهر لها و في ضمانه بتمامه أو نصفه وجهان من دلالة صحيحة بن مسلم و من استناد الاستحلال الى كليهما مع دون الراجع فقط و اما اذا كان الا كذاب قبل الدخول فهل تستحق نصف المهر أم لا فيه وجهان و في كون المراد من المهر فى رواية أبي‌بصير هو مهر المثل أو المسمى أيضا وجهان.

و هل انحصار الضمان بالشاهد دون المستوفى مخصوص بمورد الرواية أو يمكن التعدي عنه الى جميع الموارد المالية فلا يضمن المشهود له اذا كان جاهلا كما تقدم بحثه؟ فيه وجهان أقربهما الاول لعدم ثبوت مقتضى الضمان على الوسطى من الاول اذ ليس كل وطء بموجب للمهر و ان كان العقد باطلا واقعا، فلعل المهر من الاول على الشهود فتأمل. و لا يكون الرواية دليلا على سائر الموارد فلا بد لها من اقامة دليل آخر فافهم.

و اما اذا لم يكذّب الشاهد نفسه بل أظهر غلطه فالحق اغرامه بنصف المهر عملا بالقاعدة و اختصاص اغرامه بتمامه بمورد الرواية و هو الا كذاب اذا عملنا بها.

و كذا اذا أكذبا معا نفسهما أو تبيّن كذبهما ففي صحيح أبي‌بصير عن الصادق عليه السلام فى امرأة شهد عندها شاهدان بان زوجها مات فتزوّجت ثم جاء زوجها الاول قال: لها المهر بما استحل من فرجها الاخير و يضرب الشاهدان الحدّ و يضمنان المهر لها عن الرجل (بما غرا لارجل) ثم تعتد و ترجع الى زوجها الاول.[٢]

و الرواية ظاهر فى كون الشهادة عن زور، نعم ربما يستبعد ثبوت الحدّ الثابت في الزاني و الزانية نفسهما فى السبب لكنه استبعاد[٣] و عليها تحمل صحيحة ابراهيم.[٤]

و ان كان ظاهرها بطلان الشهادة بمجرد انكار الزوج الطلاق لكنه لا يمكن الالتزام

---

١. *المصدر*، ص٢٤٢.

٢. *المصدر*، ص٢٤٢.

٣. على انه يمكن حمل الحد على التعزير بقرينة ما يأتى فى المسألة الاتية فلاحظ.

٤. *المصدر*، ص٢٤١.

به فلا بد من حمله على رجوع احد الشاهدين أو كليهما أو اثبات كذبهما من الخارج فلاحظ.

مسألة ٦٤: شهود الزور يجلدون حدا و ليس له وقت (عدد معين) ذلك الى الامام و يطاف بهم حتى يعرفوا و لا يعودوا و يعرف توبتهم بان يكذبوا انفسهم على رؤوس الاشهاد حيث يضربون و يستغفرون ربهم و للامام ان يحبسهم أياما ثم يخلى سبيلهم كما في الروايات[١] و يمكن التشهير بالجرايد و التلفزيون مكان الطواف.

مسألة ٦٥: قيل لا اشكال و لا خلاف ظاهرا في أنه اذا رجع الشاهد بعد حكم الحاكم بثبوت حق مالي ضمن نصفه و ان رجعا ضمنا تمامه و اذا كان ثبوت الحق بشهادة رجل و امرأتين فرجع الرجل ضمن نصفه و ان رجعت احديهما ضمنت ربعه و ان رجعتا مع ضمنتا تمام النصف، و اذا كان بثبوته بشهادة أربع نسوة فان رجعن كلهن ضمنت كل واحدة منهن الربع و ان رجعت بعضهن فبالنسبة.

أقول: هذا مع فرض بقاء الحكم بعد الرجوع أو عدم امكان استرداد العين من الاخذ و عدم ضمانه بالمثل و القيمة في فرض الجهل.

و اذا كان ثبوته بالشاهد و اليمين فرجع الشاهد يضمن نصفه و اذا اكذب الحالف نفسه اختص بالضمان سواء ارجع الشاهد عن شهادته أم لم يرجع لاقراره، و لكن اذا لم يتمكن المالك من استرداد حقه منه جاز له الرجوع على الشاهد بالنصف اذا رجع لما مر و مر احتمال العدم في فرض السهو.

مسألة ٦٦: اذا كان الشهود أكثر مما تثبت به الدعوى كما اذا شهد خمسة فرجع الزايد بعد الاستيفاء ففي ضمانه و عدمه احتمالات.

أولها الضمان بمقدار شهادته ففي الفرض يضمن الراجع الواحد خمس المشهود به مثلا اختاره صاحب الجواهر تبعا للشيخ و يحيى بن سعيد فاذا شهد بالزنا ستة و رجع اثنان بعد القتل معترفين بالتعمد فعليهما القصاص بعد رد ثلثي الدية عليهما ولو قالا أخطأنا فعليهما ثلث الدية و هكذا.

---

١. *المصدر*، ص ٢٤٤.

ثانيها عدم الضمان للاستغناء عن الزايد في الحكم الا ان يكون مرجحا بكثرة الشهود في صورة التعارض على ما مر. يقول المحقق في الشرايع في وجه هذا الاحتمال و لا يضمن الشاهد ما يحكم به بشهادة غيره للمشهود له و اختاره سيدنا الاستاذ دام ظله معللا بأن الاتلاف لا يستند الى الراجع لفرض ان شهادته و عدمها بالاضافة الى حكم القاضي سيان و مودى الكل واحد.

نعم اذا شهد الثلاثة فرجع الشاهد ان منهم فيضمن الراجعن النصف عند الاستاذ لان الحكم مستند الى شهادة الثالث الباقي بضميمة شهادة احد الراجعين من دون تعيين فيستند الاتلاف الى شهادتهما و حيث لا مرجح في البين فلا محالة يضمنان النصف معا و بذلك يظهر حكم رجوع كلهم عن الشهادة.

أقول: مقتضى كلامه دام ظله ضمان الثالث بالنصف اذا رجع بعد رجوع الاولين و بالثلث اذا رجع حين رجوعها، و لا ادري هل يلتزم به أم لا فتأمل.

ثالثها ضمان من يشهد أولا و ثانيا مثلا و عدم ضمان من شهد بعد تكميل النصاب لوجوب الحكم، على الحاكم بعد شهادة العدد المعتبر سواء شهد اخر أم لم يشهد، و هذا انما يتصور في الشهادات الطولية دون الدفعية، و هذا الاحتمال لم يذكره احد على ما اعلم و الله اعلم.

ولو كان عشرة نسوة مع رجل فيما لا يثبت بالنساء منفردات فرجع الرجل فعلى الاول يضمن بالسدس و على الثاني لا يضمن شيء و على الثالث يلاحظ ترتيب شهادته و لكن قيل انه يضمن على الاول النصف دون السدس لنه نصف البينة و عليهن النصف لان الفرض توقف الثبوت على الرجل و لا فرق فيهن بين اثنين و مأة.

بقى شيء، و هو انه اذا رجع الزايد و كان بينته معتبرة و لم يكن رجوعه عن شهادة زور و لا عن شك في المشهود به بل اعتراف بالخطأ و انكروا وقوع الفعل فقالوا مثلا بأن زيدا لم يقتل بكرا و نحن حسبنا ان الذي قتله هو زيد و الحال انه خالد و حينئذ يمكن القول بانتفاض الحكم لتعرض البينتين بناء على قبول قول الراجع فلاحظ و تأمل.

مسألة ٦٧: اذا ثبت فسق الشاهدين بعد الحكم و لكن لم يعلم مبدء عروضه لم يضر بالحكم لاحتمال تجدده بعد الحكم بل بعد الشهادة على الارجح[۱] و الاصل بقاء الحكم و هذا ظاهر و ان ثبت تحققه قبل الشهادة انتقض الحكم ببطلان مدركه فان كان المشهود به من الاموال استردت العين من المحكوم له ان بقيت و الا المثل أو القيمة لانه تصرف في مال الغير.

و ان كان من غيره فلا قود و لا قصاص على المباشر مطلقا لانه انما باشر بأذن شرعي ولو بحسب الظاهر و لا دية على الحاكم و لا على المباشر الموظف من قبله لموثقة أبي‌مريم عن الباقرعليه‌السلام: قضى أميرالمؤمنينعليه‌السلام ان ما اخطأت به القضاة في دم أو قطع فعلى بيت مال المسلمين.[۲]

قيل بشمول اطلاقها لولى القصاص اذا باشر القتل لاستناد قتله الى خطأ القاضي[۳] و قيل بعدم شموله له للانصراف الى ما تكون الدية فيه على القاضي أو على المباشر من قبله بطبيعة الحال فجعلت الدية في بيت المال، و أما اذا كان المكلف بالدية شخصا اخر فلا تشمله فيرجع الى ما يقتضيه القاعدة من ثبوت الدية على المباشر. و الله العالم.

مسألة ٦٨: اذا رجع شهود التذكية فقط فيحتمل اختصاص الضمان بهما بل القصاص في فرض التعمد و العلم بكذب الشهود لاقوائية السبب من المباشر و اذا رجع شهود الدعوى أيضا أشترك الكل في الضمان و القصاص.

و اما اذا تعمدوا في التذكية و لم يعلموا بكذب المشهود به بل اعتقدوا أو ظنوا صدقه فلا قصاص ظاهرا فتأمل. و أوضح منه ما اذا شهدوا بالتذكية لا لاجل الشهادة بل لغيرها كالاماة و الولاية مثلا فاتفق استناد قبول الشهادة اليها ثمّ رجع شهود التذكية فانه يمنع استناد التلف اليهم في الفرض و المسألة محتاجة الى مزيد تأمل.[٤]

---

۱. اختاره المحقق أيضا فى *الشرائع* ص۲٤۱ و *الجواهر*، ج٤۱.

۲. *الوسائل*، ج۱۹، ص۱۱۱.

۳. و للمحقق فى *الشرائع* قيد اخر ضعفه صاحب *الجواهر*.

٤. لاحظ: *الجواهر*، ج٤۱، ص۲٤۹.

مسألة ٦٩: لو شهد أربعة بالزنا و اثنان بالاحصان فرجم ثم رجعا دون شهود الزنا اقتص منهما خاصة ان اعترفا بالعمد و الا فالدية، ولو رجع شهود الزنا خاصة لم يجب على شهود الاحصان شيء ولو رجع الجميع ضمنوا اجمع لاشتراكهم في التسبيب كما في الجواهر و فيها أيضا:

نعم في كيفية الضمان اشكال فيحتمل ضمان شاهدي الاحصان النصف و شهود الزنا النصف، و يحتمل التوزيع عليهم بالسوية، و حينئذ فلو شهد أربعة بالزنا و اثنان منهم بالاحصان فعلى الاول على شاهدي الاحصان ثلاثة أرباع: نصف للشهادة بالاحصان و نصف النصف الاخر الذي هو ربع، لانهما نصف شهود الزنا و على الثاني على شاهدي الاحصان الثلثان ثلث منها للشهادة بالزنا و الثلث الاخر للشهادة بالاحصان و على الاخرى الثلث و يحتمل تساويهم في الغرم على كل تقدير، فلا يضمنان الا النصف لان شاهدي الاحصان و ان تعددت جنايتهم فانهم يساوون من اتحدت جنايته لان الدية تسقط على عدد الرؤوس لا الجناية كما لو جرحه أحدهما مائة و الاخر واحدا ثم مات من الجميع و الله العالم.

مسألة ٧٠: الظاهر عدم الضمان بكتمان الشهادة الواجبة و ان اثم و استحق العقاب لعدم موجب للضمان.

مسألة ٧١: اذا ثبت ان القاضي انما حكم بشهود الزور عمدا فهل الضمان على الجميع أو عليه وحده كما هو الاظهر كما اذا حكم من دون شاهد و علم ولو ادعى الحاكم استناد حكمه الى شهادة الشاهدين فأنكرها كلاهما أو أحدهما فالظاهر قبول قول القاضي الى أن يثبت بطلانه لما مر من الوجه فى كتاب القضاء.

مسألة ٧٢: لو رجعا في الشهادة على الميت بعد اليمين الثابتة على المدعي ففي ضمانهما بالجميع أو بالنصف وجهان و يمكن ابتناء الحكم على كون اليمين للاستظهار و عدم القضاء أو لاثبات اصل الحق و حيث الاظهر عندنا هو الثاني كما مر يصبح ضمانهما بالنصف ارجح و يحتمل التوزيع عليهما و على المدعي بالسوية فيضمن كل واحد منهم الثلث ان رجع الكل و الله العالم، و له الحمد على نعمائه و

صلى الله على محمد خير خلقه و آله و أتباعه اللهم عجل فـرجهم بفـرج حجـة بـن الحسن القائم المهدي. و أنا المقيم في بلدة قم المقدسة كرها و من غير رضى، محمـد آصف المحسني القندهاري، أسئل الله أن يتفضل علينا بنصرنا على الكفار الماركسيين المحتلين لبلادنا الاسلامية (افغانستان).

و قد تم تأليف كتاب القضاء و الشهادة فى عشرين يوما تقريبا.

تاريخ التاليف ١٩/ ٨/ ٦٢

تاريخ الطبع ١٠/ ٥/ ٦٣